

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS

**FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL (DA JURISDIÇÃO AO
PROCESSO): O FENÔMENO CONFLITOLÓGICO DE INTERESSES COMO
GÊNESE DO DIREITO**

São Leopoldo - RS

2018

Paulo Junior Trindade dos Santos

FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL (DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO):
o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do Direito

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo - RS

2018

S237f Santos, Paulo Junior Trindade dos
Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno
conflitológico de interesses como gênese do direito / Paulo Junior Trindade
dos Santos -- 2018.
841 f. ; 30cm.
Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.
Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.


1. Processo civil. 2. Direito - Filosofia. 3. Democracia participativa. 4
Dinâmica processual. 5. Fenomenologia hermenêutica - Conflito de interesses.
I. Título. II. Ribeiro, Darci Guimarães.

CDU 347.91/95

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**Filosofia do Direito Processual (da Jurisdição ao Processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do Direito**”, elaborada pelo doutorando **Paulo Junior Trindade dos Santos**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

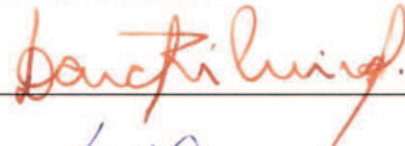
São Leopoldo, 19 de março de 2018.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

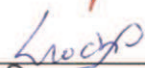
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

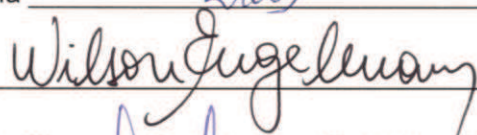
Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. Leonel Severo Rocha



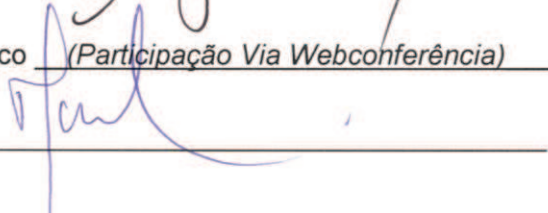
Membro: Dr. Wilson Engelmann



Membro: Dr. Cristhian Magnus De Marco

(Participação Via Webconferência)

Membro: Dr. Marco Félix Jobim



Nosotros los procesalistas no podemos resignarnos a ser solamente pacientes y meticulosos constructores de relojes de precisión, cuyo trabajo se agote en poner en orden las ruedecillas, sin preguntarnos si el mecanismo que ha de salir de nuestras manos servirá para señalar la hora de la felicidad o la hora de la muerte. Nos negamos a ser equiparados a magníficos mecánicos fabricantes de sillas eléctricas; queremos saber adónde conduce, a qué fines humanos debe servir nuestro trabajo. Por otra parte, es evidente que la misma estructura del proceso, la misma mecánica de él, varía necesariamente en función de la finalidad que se le asigna: si el proceso debe servir solamente para garantizar la paz social, cortando a toda costa el litigio con una solución de fuerza, cualquier expeditivo procedimiento, con tal que tenga una cierta solemnidad formal que lleve la impronta de la autoridad, puede servir para esta finalidad, aun el juicio de Dios o el sorteo, o el método seguido por el juez de Rabelais que solemnemente ponía en la balanza los fascículos de los dos litigantes y procedía a dar siempre la razón al que pesaba más. Pero si como finalidad del proceso se pone, no cualquier resolución autoritaria del litigio, sino la decisión del mismo según la verdad y según la justicia, entonces también los instrumentos procesales deben adaptarse a estas investigaciones mucho más delicadas y profundas, y el interés del proceso se concentra en los métodos de estas investigaciones, y se adentra, sin contentarse ya con las formas externas, en los sutiles meandros lógicos y psicológicos de la mente a que estas investigaciones se hallan confiadas.

*CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Justicia**. Peru: Pacífico Editores, 2014. P. 13-18*

RESUMO

A Filosofia do Direito Processual busca a ressignificação da dinâmica processual para que o Processo possa servir de espaço Democrático para criação de direitos a partir dos fenômenos conflitológicos de interesses. Justifica-se a Tese na incapacidade do processo tutelar devidamente o direito em uma época de incertezas e de produção incessante de novas complexidades. Objetiva-se demarcar uma nova Jurisdição pelo Processo como Vocação de nossos Tempos, posto em um Estado Ativo-Responsivo que centraliza a política na Democracia Participativa e por onde os cidadãos ativos buscam reconhecimento e emancipação com o Processo Civil através da governança processual. Para tanto utiliza-se como Método a hermenêutica fenomenológica, pela qual o fenômeno conflitológico de interesses foi concebido como natural às confluências do ser e o Direito como adaptação existencial para o acompanhar da dinâmica do existir. A hermenêutica fenomenológica demarca no Processo a compreensão operada pelo jogo dialético-dialogal capaz de legitimar democraticamente a norma individual e desvelar o caso concreto. A Hipótese da Tese é a de que a centralidade na Jurisdição evidencia um sistema baseado apenas na Democracia Representativa, ocasionadora do predomínio de uma operação lógico-matemática no direito (teoria do fato jurídico) ou o predomínio da filosofia da consciência (solipsismo judicial), tolhendo a potencialidade da Democracia Participativa. Já a passagem da Jurisdição ao Processo evidencia que o Direito é mais amplo que a Lei e que a conflitualidade expressa a dinamicidade humana como uma fonte de Direito vivo. A gênese do Direito é o fenômeno conflitológico de interesses, reflexo da Democracia Participativa e da criação de Direito Objetivo Processual, pela interpretação e pela criação do texto. A dinâmica processual é espaço para debates, para que adentrem os vários fenômenos e que tem por fito a decisão judicial como legitimidade democrática processual. Os institutos processuais são ressignificados pela Constitucionalização do Direito e pela democratização da Democracia, com a fusão de horizontes entre *auctoritas* (função jurisdicional) e pela administração da justiça (ou função processual) *potestas*, tendo como efeito a necessária passagem da Jurisdição ao Processo.

Palavras-chave: Fenômeno Conflitológico de Interesses; Processo Civil; Democracia Participativa; Dinâmica Processual.

SOMMARIO

La Filosofia del Diritto Processuale cerca la rassegna delle dinamiche Processuale in modo che il può servire come spazio democratico per la creazione di diritti dai fenomeni conflittuali degli interessi. La tesi è giustificata nell'incapacità del processo tutelare debitamente alla destra in un periodo di incertezze e produzione incessante di nuove complessità. Ha lo scopo di delimitare una nuova giurisdizione per il processo come una vocazione del nostro tempo, collocata in uno Stato Active-Responsive che centralizza la politica in democrazia partecipativa e in cui i cittadini attivi cercano il riconoscimento e l'emancipazione con il processo civile attraverso la governance processuale. Per questo, usato come metodo l'ermeneutico fenomenologico, con il quale il fenomeno conflittuali degli interessi è stato concepito come naturale alle confluente dell'essere e del diritto come un adattamento esistenziale per accompagnare le dinamiche dell'esistente. L'ermeneutica fenomenologica delimita nel Processo la comprensione operata dal gioco dialettico-dialogico capace di legittimare democraticamente la norma individuale e di svelare il caso concreto. L'ipotesi della tesi è che la centralità nella giurisdizione evidenzia un sistema basato solo sulla democrazia rappresentativa, cause della predominanza di un'operazione logico-matematica nello diritto (teoria del fatto giuridico) o il predominio della filosofia della coscienza (solipsismo giudiziario) impedendo il potenziale della democrazia partecipativa. Il passaggio dalla giurisdizione al processo mostra che lo Diritto è di più ampio che la Legge e che il conflitto esprime la dinamica umana come una fonte di Diritto Vivente. La genesi dello Diritto è il fenomeno conflittuale di interessi, un riflesso della democrazia partecipativa e la creazione di Diritto Obiettivo Processuale, per l'interpretazione e per la creazione del testo. Le dinamiche processuali è lo spazio per discussione, in modo che penetrino nei vari fenomeni e che abbia come fito la decisione giudiziaria come legittimità procedurale democratica. Gli istituti processuales sono ridefiniti dalla Costituzionalizzazione dello Diritto e dalla democratizzazione della democrazia, con la fusione di orizzonti tra auctoritas (funzione giurisdizionale) e amministrazione di giustizia (o di funzione processuale) potestas, avere come effetto il passaggio necessario dalla Giurisdizione al Processo.

Parole-chiave: Fenomeno conflittuale di interessi; Processo Civile; Democrazie Partecipativa; Dinamica Processuale.

ABSTRACT

The Philosophy of Procedural Law seeks to resignify the procedural dynamics so that the Process can serve as a Democratic space for the creation of rights from the phenomena of conflict of interests. The thesis is Justified in the incapacity of the process duly protects the law in a time of uncertainties and ceaseless production of new complexities. Its Objective is to demarcate a new Jurisdiction for the Process as a Vocation of our Times, placed in an Active-Responsive State that centralizes the politics in Participative Democracy and where active citizens seek recognition and emancipation with the Civil Process through procedural governance. For this, phenomenological hermeneutics is used as the Method by which the phenomena of conflict of interests was conceived as natural to the confluences of being and the Law as an existential adaptation to accompany the dynamics of existence. In the Process, the phenomenological hermeneutics demarcates the understanding operated by the dialectical-dialogical game capable of democratically legitimizing the individual norm and unveiling the concrete case. The Thesis Hypothesis is that the centrality in Jurisdiction evidences a system based only on Representative Democracy, which causes the predominance of a logical-mathematical operation in the law (theory of legal fact) or the predominance of the philosophy of conscience (judicial solipsism) impeding the potential of Participative Democracy. The passage from the Jurisdiction to the Process shows that the Law is broader than the Rule and that conflict expresses human dynamicity as a source of the living Law. The genesis of the Law is the conflict of interests' phenomenon, a reflection of Participative Democracy and the creation of Objective Procedural Law, by interpretation and creation of the text. The procedural dynamics is a space for debates, so that various phenomena enter and has for its purpose the judicial decision as procedural democratic legitimacy. The procedural institutes are re-signified by the Constitutionalisation of Law and by the democratization of Democracy, with the fusion of horizons between *auctoritas* (jurisdictional function) and the administration of justice (or procedural function) *potestas*, having as effect the necessary passage from Jurisdiction to Process.

Key-words: Conflict of Interest; Civil lawsuit; Participative Democracy; Process Dynamics.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	9
II – DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO: O PROCESSO COMO GÊNESE DO DIREITO: O FENÔMENO CONFLITOLÓGICO DE INTERESSE COMO POSSIBILITADOR DE NOVOS HORIZONTES	47
1 - Filosofia do Direito Processual como Filosofia Prática : do processo como adaptação existencial	50
2 - Da Jurisdição ao Processo: do redimensionamento da jurisdição no tocante à função jurisdicional (auctoritas) e à administração da justiça (potestas) por uma dinâmica processual.....	108
2.1 - Da Separação à Divisão dos Poderes	142
2.1.1 - Da Separação dos Poderes e a sua Rígida demarcação junto ao Estado Reativo	145
2.1.2 - Da Divisão dos Poderes frente ao Estado Ativo-Responsivo.....	156
2.2 - Politização do Direito: da dimensão jurisdicional à processual”	169
3 - O Ativismo Judicial: como Fenômeno Reestruturante da Jurisdição e a Projeção da Centralidade Política no Processo	187
4 - Do Redimensionamento da Jurisdição com o modelo de Estado Ativo-Responsivo: a fusão entre função jurisdicional (auctoritas) e administração da justiça (potestas)	234
4.1 - Da Ressignificação da Administração da Justiça (potestas): a democratização da democracia e a governança das partes	249
4.1.1 - Administração da Justiça (potestas) e a jurisdição nos casos da inexistência do fenômeno conflitual de interesses	278
4.2 - Da Ressignificação da Função Jurisdicional (auctoritas): da compreensão hermenêutica como possibilidade de criação de norma individual.....	286
4.3 - Responsabilidade Sociopolítica do Estado-Juiz e seus Reflexos na Legitimidade Democrática Processual	387
III – PROCESSO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: A DINÂMICA PROCESSUAL EFETIVADORA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PROCESSUAL REPRESENTADA PELA COMPREENSÃO HERMENÊUTICA”.....	396
1 - Da Jurisdição ao Processo Civil,: direito, complexidade e democracia	402

1.2 - O Processo Civil e Democracia Participativa: um mundo de novos horizontes contextuais	419
2 - Da Ressignificação do Princípio Dispositivo <Constitucionalizado> e sua ampliação dos Horizontes pelo Contraditório: do fenômeno conflitológico de interesses como gênese Processual para a criação do Direito.....	464
2.1 - Do Princípio Inquisitorial ao Princípio Dispositivo	481
2.2 - A Ressignificação do Princípio Dispositivo pelo Princípio Dispositivo Constitucionalizado	492
2.3 - O Princípio Dispositivo Constitucionalizado'	503
3 - Da Ressignificação do Princípio Contraditório: superação do formalismo pelo caráter substancial da constitucionalização do direito como democracia participativa em exercício	516
3.1 - Princípio Contraditório Constitucionalizado.....	526
4 - Da Estática e da Dinâmica dos Objetos : do Objeto do Processo (mérito) ao Objeto do Debate Processual (lide).....	550
4.1 - Do Objeto do Processo Formal – direito subjetivo como lei	582
4.2 - Do Objeto do Processo Substancial' – direito subjetivo como situação jurídica subjetiva	594
4.3 - Do Objeto do Debate Processual - lide ou debate dialético-dialogal	617
4.4 – Entre a Estática do Objeto do Processo a Dinâmica do Objeto do Debate Processual: conclusão.....	634
5 - Princípio da Congruência: Flexibilização da Congruência e Incongruência: da discricionariedade e da arbitrariedade como seus núcleos de sentido	661
5.1 - Da amplitude e (des) acerto conceitual da Discricionariedade e da Arbitrariedade Judicial: da sua relevância para a gênese do direito	670
5.2 - Discricionariedade: para além de uma metodologia no/do direito	674
5.3 - Discricionariedade como Flexibilização da Congruência Processual e Arbitrariedade como Incongruência Processual.....	690
5.4 - A Importância da Flexibilização da Congruência e da Incongruência para que o Processo seja Gênese do Direito	696

6 - O Princípio Iura Novit Curia como legitimador do Processo como gênese do Direito: por um direito objetivo processual.....	708
6.1 - A Ressignificação do iura novit curia: o ativismo judicial	718
6.2 – Da Impossibilidade da Cisão entre Questões de Fato e de Direito	730
6.3 – Por uma Necessária (re)Leitura do Princípio Iura Novit Curia	747
7 - Direito Subjetivo e Direito Objetivo: a passagem para o direito objetivo processual	755
7.1 - Direito Objetivo Processual: resposta aos fenômenos conflitológicos de interesse	770
IV.CONCLUSÃO	791
V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	804

I. INTRODUÇÃO

Il diritto è processo vitale e pratico, non pura teoria, non accademia. Il giurista “fa cose con le parole” come è stato intensamente detto: studiamo e praticiamo “giurisprudenza”, un sapere pratico che oscilla tra scienza e tecnica (o forse meglio arte), e che per questo da millenni viene assimilato alla medicina, il cui statuto è il più intricato miscuglio di conoscenze teoriche, sperimentazioni tecniche e garbo, delicatezza, umana sensibilità, intuito, estetica, visione e tatto, know how clinico e saggezza profonda.¹ (g.n)

Ao pensar sobre o direito em tempos em que, mais do que nunca na história, há o acesso facilitado aos tribunais e, paralelamente, mais do que nunca na história, à disposição da população existem tantos direitos subjetivos, restam vívidos questionamentos sobre o rumo do direito e do processo na medida em que, na prática, a efetividade da tutela à ameaça ou lesão dos interesses sociais e individuais não é efetiva, criando, no imaginário social, uma ideia de que o direito é incapaz de regular efetivamente os interesses intersubjetivos, e de que o Poder Judiciário é um poder insensível, moroso e injusto às manifestações do social.

Essa efetividade que se busca não será alcançada se não ocorrer uma séria discussão acerca do significado do Processo para o Direito. Isto é, a satisfatividade/efetividade da tutela encontra sérios percalços na medida em que o Processo ainda se assenta sobre institutos provenientes dos séculos passados, preso ao processo romano-canônico e assentado na dualidade processual, metafísica responsável por cingir fato e direito e por assentar o direito apenas sobre a lei, sobre a *lex*, limitando a atividade do juiz ao *ius dicere*, ou seja, à declaração de um direito preexistente.

O objeto do processo (mérito, pretensão), compreendido como a parcela do fenômeno trazida ao processo, o reflexo do conflito, a ameaça ou lesão de um interesse no plano material (vida) está nocivamente circunscrito à Teoria do Fato Jurídico: somente os fatos relevantes ao direito, aqueles que traduzem o suporte fático de uma norma jurídica, são relevantes ao processo. Os fatos que exasperam a lei, são irrelevantes para o processo; e mais, para o próprio

¹Al riconoscimento deve dunque conseguire l’attribuzione della spettanza individuata: e l’attribuzione è una parte importante dell’azione di giustizia, la rende operante ed accresce la giustizia nel mondo, così come negare questa attribuzione, non effettuare il riconoscimento fino alle sue conseguenze operative, accresce l’ingiustizia. L’attiva partecipazione dell’avvocato al processo è elemento indispensabile di questa dinamica di giustizia: lasciargli fare il suo mestiere, come pretende Donovan, è essenziale per conseguire questo, che è un bene di tutti, non solo dell’assistito. Credere nella verità ha una sua componente importante nella fede nella verità processuale: e non è una fede irrazionale, cioè disumana, come nessuna vera fede, bensì una fede ragionevole in un ideale magari irraggiungibile in pienezza, ma non per questo rinunciabile. (SARTEA, Claudio. **L’identità dell’Avvocato tra diritto, verità ed etica**. Convegno di Studi,Ravenna, 20 gennaio 2017. P. 4-5)

direito. Por esta visão, o processo serviria tão somente para declarar existente ou inexistente a lei, através da análise dos fatos que preenchem o suporte fático da norma, trazidos pelas partes ao processo. Essa lógica matematizante do direito esculpiu o que se compreendia como processo, e tratou de criar uma ideia de processo baseado tão somente como atuação do direito objetivo ou atuação do direito subjetivo, reduzindo, expressivamente, o que o processo pode significar ao Direito.

Neste cenário de extremada racionalização da vida social, o Poder Judiciário consiste em uma instância meramente aplicadora da Lei (*ius dicere*), aprisionando e reduzindo o fenômeno ao texto legal, onde somente o Poder Legislativo cria o direito, é o cenário onde ainda subjaz o predomínio do Paradigma Cartesiano-Matemático, mesmo que este, conforme denotam os mais recentes avanços da Ciência, já tenha sido ultrapassado pelo Paradigma Científico da Complexidade, introduzindo a adesão das incertezas do existir junto aos ramos Epistemológicos.

A razão ocidental simplificadora, foi superada pelo Paradigma Científico da Complexidade, pois o irracionalismo da existência racionalizada causa a atrofia dos fenômenos da coexistenciais² e é por este Paradigma que se busca reduzir as incertezas, reconhecendo que não há um mundo de certezas e pura racionalidade do existir. É nesse paradigma da ciência atual que se funda a reestruturação da Ciência Processual, por uma revisão dos institutos e princípios do processo, a fim de se compreender as razões pelas quais a efetividade/satisfatividade da tutela ao interesse não é, na prática, visualizada.

As transformações na infraestrutura cultural³ sentidas de tempo em tempo demonstram que o fio do tempo não é algo retilíneo e evolutivo, mas fruto da natureza cíclica do ser, cujos fenômenos não podem ser apreendidos.⁴ As existencialidades do ser expressam-se pela

²Chegou-se a dizer que a divisa da jurisprudência deveria ser a frase de PAULO: *ex regula ius sumitur, non ex iure, quod est, regula fit*. Ter-se-ia de traduzir *regula* por lei. Nada mais absurdo: e a evolução da ciência jurídica é e deve ser no sentido de tirar do que é a lei e não impor a lei ao que é. Não é direito o que se deve extrair da regra, *ex regula*; mas é a lei que se há de tirar, das relações humanas, *ex iure*. O direito que é, o *ius, quod est*, é o direito que se realiza nos fatos (adaptação imediata) ou o que é mister a eles para que melhor prossiga na vida social (adaptação mediata ou de segundo grau). Ambos devem ser revelador, indutivamente. O cego respeito à lei é produto da estreita interpretação dos livros sacros, explorado pelo absolutismo. (MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 309)

³MORIN, Edgar. *O Espírito do Tempo*: Necrose. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1977, citação introdutória da obra.

⁴En todo caso, se agudiza una serie de problemas que pueden caracterizarse por medio de la distinción futuro presente/presentes futuros. El derecho mismo no puede ser estable desde el punto de vista del tiempo, en el sentido de que algo que en alguna ocasión ha tenido validez la tiene ya para siempre. Quien desee depositar su confianza en el derecho puede, sin duda, contar con un apoyo en contra de oposiciones, resistencias y decepciones, pero no puede contar con que el derecho mismo mantenga su validez sin sufrir ninguna modificación. (LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. P. 406)

complexidade do mundo sensível e social, em um mundo no qual se vive uma vida de paradoxo e contradição: sentir-se fortalecido pelas imensas organizações burocráticas que detêm o poder de controlar e frequentemente destruir comunidades, valores, vidas; e ainda sentir-se compelido a enfrentar essas forças, a lutar para mudar o seu mundo transformando-o em nosso mundo; ser ao mesmo tempo revolucionário e conservador, aberto a novas possibilidades de experiência e aventura, aterrorizado pelo abismo niilista ao qual tantas das aventuras modernas conduzem, na expectativa de criar e conservar algo real, ainda quando tudo em volta se desfaz.⁵

A sociedade busca no Judiciário uma forma de *participação e politização social*⁶, *juridicização da vida*⁷, fruto do fato de que se vive uma descrença relacionada com a Democracia Representativa, na medida em que a sociedade já não mais confia e já não se sente mais representada pelas mãos daqueles que tomam as decisões em nome da sociedade. É nessa sociedade, meramente baseada no poder representativo em que impera a democracia do consenso⁸ onde a política é extirpada da sociedade em troca de uma promessa de – falso – *apaziguamento* das relações; apaziguamento que, de outro lado, racionaliza pelo direito as relações sociais através da mencionada Teoria do Fato Jurídico, sendo outros e/ou novos conflitos *irrelevantes ao direito* –, pois parte-se do princípio que direito é lei. Na democracia do consenso, qualquer tipo de conflito que fuja daqueles aprendíveis pelo judiciário, a partir do acoplamento da norma ao fato, é tido como *inexistente e irrelevante*. Desse modo, milhares de fenômenos são deixados de lado em razão do Estado não juridicizá-los (lei); ou, ainda pior em casos nos quais existe a lei, mas esta não abarca o fenômeno em sua excentricidade, sendo a

⁵BERMAN, Marshall. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar**. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

⁶A política como essência do homem (zôon politikón). A política nasce na Grécia por efeito dessa substantivação dos adjetivos, dos quais brotam noções de justo, belo, bom e, portanto, também de político. Político era, originalmente, um adjetivo que qualificava a condição desse animal (zôon) que, incapaz de ser suficientemente a si mesmo, só pode sobreviver agrupando-se aos seus semelhantes, dando lugar a essa formação comunitária, a *pólis*, que não deve ser entendida como lugar físico, mas como conjunto de pessoas que têm a mesma constituição (*politéia*) ... [...] A política define, pois, um traço específico da essência do homem, a sua diferença em relação aos animais e aos Deuses. Sua competência é organizar a vida dos homens, que se expressa nas formas da política. [...] O homem é, por exigências de vida, naturalmente político, e por isso a política tem por objeto as condições da vida dos homens reunidos em comunidade (*koinonía*). A política como governo das forças contrastantes em vista de uma vida boa e feliz. O nexa entre política e vida não é articulado pelo fazer técnico, que se limita a coordenar os meios e os fins, mas o agir prático, que escolhe os fins. (GALIMBERTI, Umberto. **Pisiche e Techne**. O Homem na Idade da Técnica. São Paulo: Paulus, 2006. P. 494-495)

⁷Para Pontes de Miranda “juridicização da vida” significa que todos os fenômenos da vida acabam ganhando espaço no judiciário e buscam sua juridicidade no Sistema jurídico, pois há fenômenos conflituais não apreendidos em lei. Esclarecemos que a judicilização vai na politização das garantias constitucionais e o ativismo judicial na politização da vida para criar direito. Busca-se na ora tese sair do ativismo e da judicialização em seu sentido de politização do direito pelo judiciário e visa-se, com a dinamicidade precessual, trazer o processo como vocação do nosso tempo e demarcar nele a politização da existência tirando a representação da politicidade da vida pela autoridade legislativa/judiciária, reestruturando assim a jurisdição com uma fusão entre função judicial e administração da justiça, as quais reconhecem e emancipam a politicidade existencial pela juridicização da vida. Ver em: MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

⁸RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

subsunção para estes tipos de caso a resposta de um Judiciário mecânico e de um juiz burocrata, o qual não *interpreta* e, muito menos, *cria o texto* de direito.

A negação de se aceitar como necessária a *criação do direito* (interpretação da norma e criação de texto, *ius facere*) pelo Estado-Juiz, causa uma grave consequência social, na medida em que o senso comum⁹ continua a negar que a sociedade está em constante transformação e que o direito é maior que a lei^{10,11}, pois o direito não é uma forma de vida, senão é a vida¹² mesma¹³: em descrença¹⁴ se encontra a lei e saturada¹⁵.

Longe de ser uma utopia, acredita-se que é possível ser traçado um cenário em que permita a melhor *adaptação existencial* por intermédio do direito, que somente é alcançada na medida em que é propiciada a participação da sociedade junto à criação do direito. Conforme ver-se-á, o direito objetivo consiste na construção de um sistema de hierarquia de bens e de aderência as expressões de um conviver, o que cobra do direito uma constante construção desta expressão do Estado, harmonizando o texto com o contexto - o que não foi dito, a captação do sentido latente.

A adaptação existencial/social é um importante núcleo do direito, conceito retirado da ideia de Pontes de Miranda sobre a atuação do direito na sociedade. Dizer que o direito busca a adaptação existencial é dizer que o direito *é* os fenômenos vários do ser que pululam na sociedade, pois, uma vez que o direito busca possibilitar a convivência social, deve aderir em

⁹O senso comum estaria, assim, constituído por todas as significações que, reivindicando um valor assertivo, não deixam de ser uma fala adaptada a preconceitos, hábitos metafísicos, visões normalizadores do poder, certas tentações de profetismos, ilusões de transparência e noções comuns apoiadas espontâneas e disciplinares de pensar, agir e sentir. (WARAT, Luis Alberto. Dilemas sobre a História das Verdades Jurídicas. Tópicos para Refletir e Discutir. **Sequência**, vol. 4, n.º 6, UFSC, Florianópolis, n.º 2, p. 97-113. p. 99).

¹⁰CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1982.

¹¹Não há dúvida que em tais circunstâncias: a lei é menos que o direito. Outras vezes o excede, e há palavras, frases, artigos inteiros, que não se contam na delimitação do domínio jurídico; são excrescências inassimiláveis, sem função no mundo fenomênico e real do direito (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2 Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 291)

¹²Il Diritto, fenomeno naturale di importanza vitale, perchè in esse si articola e palpita l'essenza stessa della vita, è oggetto, per la scienza, di indagine e di esperienza, così come, per la scienza, oggetto di indagine e di esperienza è l'norma. (MILITERNI, Giuseppe Mario. **Il Monismo Giuridico e la Crisi del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1952. P. 7)

¹³COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 81-82.

¹⁴Se sabe hoy que el derecho no consiste sólo en la ley. Frente a lo que de ello se pensaba a principios del siglo pasado, nuestras ideas han cambiado profundamente. La ley no es más que un producto jurídico imperfecto, que para perfeccionarse necesita del acuerdo de las partes o de la imposición del juez. Se reconoce, por tanto, hoy que, aun en sus efectos puramente declarativos, el proceso sirve para formar derecho. (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 27)

¹⁵Jean-Luc Marion menciona e constitui sua fenomenologia na representação divina, a qual encontra-se saturada, seguindo sua construção epistemologia adere ao direito como lei tal saturação. MARION, Jean-Luc. **Acerca de la donación**. Una perspectiva fenomenológica. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2005; MARION, Jean-Luc. **De surcroît**. Études sur les phénomènes saturés. 1ª ed. Paris: PUF, 2010.

seu núcleo a ideia que o ser é dinâmico e histórico, expressão do tempo e das reviravoltas deste, muito maior do que a Lei.^{16,17,18,19}

A sociedade cria os vínculos sociais para uma proteção da violência humana de grupos²⁰ e, de outro modo, também para uma produção de meios para suprir necessidades.

¹⁶Frente al Derecho que es producto de una evolución histórica, y como tal deficiente y mudable, se ha querido alguna vez erigir un código perfecto, aplicable a todos los tiempos y a todos los pueblos. Esto es pretender lo imposible. Por ideal que sea el Derecho, siempre habrá de tener por contenido, necesariamente, la regulación de las aspiraciones humanas, basadas por fuerza sobre necesidades concretas de la vida y sobre el modo de satisfacerlas. La materia de las aspiraciones que el Derecho regula es, pues, y será siempre, inevitablemente condicionada y finita y sujeta a cambio incesante. Y mudable y relativo tendrá que ser, por la misma razón, el orden que rija la cooperación para la satisfacción de esas necesidades. No puede, por tanto, darse una sola norma jurídica cuyo contenido concreto sea la encarnación de la justicia suma. Todo Derecho se halla, pues, por fuerza, históricamente condicionado. Hasta la utopía concebida por la más libre imaginación construye sobre la experiencia de lo vivido y es producto de ella. Y en cuanto expresión de normas e instituciones jurídicas condicionadas por su materia, no hay ninguna utopía que se pueda atribuir un valor absoluto e ilimitado, porque esta virtud solo la tiene las líneas formales de orientación que informan nuestros conceptos y nuestros juicios. (STAMMELER, R. **Tratado de Filosofía del Derecho**. Primera Edición. Madrid: Editorial Reus, 1930. P. 9-11)

¹⁷Il diritto non declina: il diritto si adegua. Nella storia della civiltà umana si avvengono periodi di lenta evoluzione, che possono sembrare di stasi, a periodi di precipitose trasformazioni sociali; e solo nei primi può sembrare che imperi il diritto, perché in quel ristagno sociale le concezioni giuridiche sono limpide e taglienti mentre nei periodi di rapido trapasso la certezza del diritto si appanna e i dogmi tradizionali appaiono come sfocati da una vibrazione che ne annebbia i contorni. Ma questa incertezza può essere preludio di rinascita: e cercare, come io oggi mi propongo dinanzi a voi, alcune cause di questa incertezza in un determinato momento storico, può essere già un contributo a trovare i mezzi per sperarla e a creare una nuova certezza per il domani. Il giurista non è infatti un conservatore di vecchi formule fuori d'uso, quasi come chi dicesse il conservatore di un museo di anticaglie: è un vivo e vigile interprete dei tempi, che tanto meglio sa adempiere alla sua funzione quanto meglio riesce a sentire le esigenze umane della storia e a tradurle in formule appropriate di ordinata convivenza. La incertezza giuridica in cui noi oggi ci accorgiamo di vivere è prima di tutto incertezza indiretta, fatta di presentimenti, di speranze e di timori, che si riflette nel nostro ordinamento giuridico dal di fuori, da quel più vasto contrasto di concezioni politiche che divide il mondo in due emisferi avversi e sospettosi l'uno dell'altro. Ogni Stato, secondo le dottrine tradizionali, dovrebbe essere un chiuso microcosmo giuridico, entro il quale tutto il diritto avesse la sua unica fonte nella sovranità contenuta in quell'involucro; e in realtà non c'è ordinamento giuridico che non abbia le sue finestre aperte sul mondo e, anche se si cerca di chiuderle, qualche corrente, fredda o calda, entra lo stesso dagli spiragli (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 599)

¹⁸A esta altura, é preciso pôr fim à definição grega da essência do homem como animal caracterizado pela posse da razão [zôon lógon échon]: não porque, partindo do animal, alguém não seja mais capaz de chegar ao que é específico do homem expresso pela sua razão, mas porque, com o animal codificado pelos instintos, o homem, desprovido como é de instintos, não tem nada a fazer. Se, em vez da razão, assumimos como específico do homem a carência de instintos, à qual o agir técnico remedia, não temos mais necessidade de glândulas pineais ou de harmonias preestabelecidas para conectar a razão à animalidade, a alma ao corpo, porque a razão, como conjunto de regras extraídas das constantes do agir técnico, aparecerá como resultado natural a que chega, com o seu simples viver, esses corpo, de si inidonio para a vida, que é o corpo humano. Não regulado pelo aparato instintivo, de fato, o homem, diferentemente do animal, está exposto ao mundo, buscando a regularidade. O sucesso dessa busca é a condição de sua vida, acumulando regras, recorre a esse depósito da memória que, sob o nome de alma, intelecto, razão, consciência, espírito, reconhecemos como traço específico do homem. (GALIMBERTI, Umberto. **Pisiche e Techne**. O Homem na Idade da Técnica. São Paulo: Paulus, 2006. P. 80-81)

¹⁹Ver a fenomenologia hermenêutica balizada pela existência junto a *anima*. VENTURA, Pierfranco. **Metaprobematiche de Diritto**. Per una Ri-Animazione Etico-Giuridica Dell'Esistenza. Vol. 1°. Milano: Giuffrè Editore, 1997. P. 11-57.

²⁰A melhor definição do homem seria mesmo de animal que aprendeu a diminuir em si o animal. Em si; portanto, ao redor de si. O “bípede sem plumas” de Platão (definição de que Diógenes tanto rira) tomou caminho que não levou aos vãos com asas suas, no espaço, mas o plantou verticalmente e lhe deixou livres mão e cabeça. O dedo (que se minimizara nos pássaros para que se construísse a asa) fez, em vez disso, fogo, instrumentos, apontou, indicou. Mais tarde, estendeu-se aos fusos dos teares, nos ponteiros dos relógios, nos martelos, e cortadores de precisão; e fez aviões com que voou, numa velocidade que os animais nunca poderiam atingir. Tudo isso ele obteve quando deixou de queimar homens, e oprimiu menos; pode-se imaginar o que não conseguirá quando não matar

Historicamente, essa união expressa-se via *religare*; expressão da união do ser com o outro, para garantir esse mínimo de convivência social e suprir as necessidades humanas básicas.²¹ O tempo modifica essas expressões, o que não muda é o humano e sua visceralidade. A religião utiliza esse vínculo através do *religare divino* e, por este meio, o divino mantinha a adaptação existencial e poderia ser tido como eficiente meio adaptativo existencial. Assim criou o homem a metafísica relacionada aos Deuses, nascidos eles dos acontecimentos naturais, pois a religião se ocupa muito bem da *auctoritas*, legitimando sempre seu poder em um homem que fazia a ligação entre divino e humano e a religião recebia a legitimidade social para responder via direito natural. Com o Estado Moderno a filosofia iluminista se apodera dessas manifestações e ocupa-se do *religare* voltado ao político, deslegitimando a religião pela ciência, e seu direito natural centra em um poder ideologicamente reconhecido politicamente, o qual representa os vínculos sociais com a produção de Direito Legal.²²

A superação de uma democracia baseada no consenso (redimensionada na lei e que tem no conflito uma manifestação de irracionalidade humana) amplamente apoiada sobre o aspecto Representativo da Democracia, já não mais é capaz de corresponder satisfatoriamente ao *religare* necessário para o Estado manter a união social. Por isso, no presente trabalho busca-se adentrar no *religare político* que corresponde à Democracia Participativa, que dá um tónus à representatividade, denotando que o processo pode servir de espaço para ampliar a participação do cidadão, pela legitimidade democrática processual. O direito como adaptação existencial traz à política aos tribunais, e traz a sociedade para participar de sua construção:

mais para viver, ou para continuarem de ser mais fortes na opressão do que os outros os seus povos. Quando o racional tiver expulso o quanto suficiente de grosseira irracionalidade. Porque ele cresce, tem asas mais possantes, quando vence em si o animal – os animais – *que ele ainda é*. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Garra Mão e Dedo**. São Paulo: Bookseller, 2002. P.172)

²¹La actividad de la conciencia tiene por objeto la comprensión de la red de relaciones en que se halla inmerso el individuo y la percepción de los demás en calidad de cooperadores en la común aventura de la vida. La necesidad de relación y cooperación interindividual no resulta fácil de realizar en el día a día. Cada individuo, de hecho, tiene su propia singularidad, un sentido distinto de su propia necesidad y ello implica la posibilidad objetiva de no coincidir tanto en las intenciones como en las acciones. Nadie puede vivir sin abrirse a los demás, sin la cooperación mutua. Una vida cuyo principio rector fuese el libre juego de la subjetividad tendría como consecuencia la inseguridad, la degradación, aunque esto no es así exactamente. La estructura relacional e imperfecta del hombre le lleva a buscar una regularidad, una normalidad en su conducta que constituya un marco de referencia para reconocerse y comprenderse más allá de la diversidad subjetiva. Es el propio individuo el que exige el descubrimiento y la intervención de principios rectores que favorezcan y consoliden su necesidad de abrirse y de amistad mediante principios y reglas. La estructura dual del hombre le proporciona conciencia de su imperfecta condición, y en consecuencia, de su indigencia, de la necesidad de ayuda recíproca entre seres coexistentes para lograr el perfeccionamiento de uno mismo. De ésta situación surge el sentimiento de que hay que establecer un orden en las relaciones personales mediante comunes principios rectores, reglas de conducta o normas. Un sentimiento del deber ser común que se corresponde con nuestra propia tensión natural al propio perfeccionamiento y permite resolver las contradicciones de la vida cotidiana. (COTTA, Sergio. **Que es el Derecho**. Madrid: Rialp, 2000. P. 5-6)

²²LATOURE, Bruno. **Políticas da Natureza**. Como fazer Ciência na Democracia. Bauru: Edusc, 2004.

uma democracia participativa que funcione, paralelamente, à uma democracia representativa, pois, assim como a morte é necessária à vida, dando-lhe sentido e especificidade, o político é uma instância que, na sua acepção mais forte, determina a vida social, ou seja, limita-a, constrange-a e permite-lhe existir.²³

Muito se tem de superar essa política centrada no Poder Legislativo, reconhecendo na atualidade em um modelo de Estado Ativo-Responsivo a politicidade existencial em si: o *relegare* político nasce do social e não se manifesta via representação. Tanto o *relegare*, quanto a atmosfera política buscam e buscaram na história da humanidade a adaptar o homem a sua existência, de forma a garantir, pelo vínculo social, um ambiente propício a existência com o outro.²⁴ Com as transformações do Estado para um modelo de Estado Ativo-Responsivo²⁵, este vem a proporcionar uma ordem democrática e constitucional que, demonstrando ser centro para as demandas sociais, põe sob tensão princípios, leis e políticas públicas, no sentido de uma permanente renovação do direito feita com a participação de todos. Ocorre assim, a descentralização da política na Jurisdição sendo que desloca-se a política ao processo: a jurisdição ressignifica-se para absorver a pluralidade existencial.

Para que essa ideia seja construída, deve-se, inicialmente, ter a ideia de que o conflito é necessário para que haja discussão, e de que este conflito ganha aspecto político quando é trazido como fenómeno (pretensão) no processo, pois é levado à discussão para que o Estado resolva, colocando no centro desta ideia o direito de petição, que supera o direito à ação, pois esses conflitos, muitas vezes, não corresponderão às hipóteses pré-definidas pela lei, operando

²³MAFFESOLI, Michel. **A Transfiguração do Político**: a tribalização do mundo. Porto Alegre: Meridional, 2005.

²⁴Nuestra experiencia de la psicopatología y el estudio de la función onírica lo confirman abundantemente. Sólo hay una diferencia esencial entre el funcionamiento consciente y el funcionamiento inconsciente de la psique: el consciente, a pesar de su intensidad y su concentración, es puramente efímero, se acomoda sólo al presente inmediato y a su propia circunstancia; no dispone, por naturaleza, sino de materiales de la experiencia individual, que se extienden apenas a unos pocos decenios. Para el resto de las cosas, su memoria es artificial y se apoya esencialmente en el papel impreso. ¡Qué distinto es el inconsciente! *Ni concentrado ni intenso, sino crepuscular hasta la oscuridad, abarca una extensión inmensa y guarda juntos, de modo paradójico, los elementos más heterogéneos, disponiendo, además, de una masa incommensurable de percepciones subliminales, del tesoro prodigioso de las estratificaciones depositadas en el trascurso de la vida de los antepasados, quienes, por su sola existencia, contribuyeron a la diferenciación de la especie.* Si el inconsciente pudiera ser personificado, tomaría los rasgos de un ser humano colectivo que viviera al margen de la especificación de los sexos, de la juventud y de la vejez, del nacimiento y de la muerte, dueño de la experiencia humana, casi inmortal de uno o dos millones de años. Este ser se haría indiscutiblemente por encima de las vicisitudes de los tiempos. El presente no tendría más significación para él que un año cualquiera del centesimo milenio antes de Jesucristo; sería un soñador de sueños seculares y, gracias a su experiencia desmesurada, un oráculo de pronósticos incomparables. Pues habría vivido un número incalculable de veces la vida del individuo, la de la familia, la de las tribus, y la de los pueblos y conocería—como una sensación viva— el ritmo del devenir, del desarrollo y de la decadencia. (JUNG, Carl. **Los Complejos y el Inconsciente**. Madrid: Editora Alianza, 1974.P.14-15)

²⁵Ver: NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010 e DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

a hermenêutica interpretativa que supera a estática da lei e adere à dinamicidade fenomenológica existencial.

No que se propõe, o direito subjetivo acaba tendo um aspecto de representação ou manifestação de vontades, legítimos interesses pelos quais a sociedade em sua complexidade atual acaba por juridicizar a vida, mas, ao passar pelo crivo da *sociologia, filosofia e antropologia* (transdisciplinariedade), estes direitos desembocam na interpretação, assimilando o texto e o contexto. Desse modo, não existe direito subjetivo antes decisão judicial, pois sempre é operada a compreensão hermenêutica, que ressemantiza a lei, apresentada textualmente, em uma interconexão com o contexto, que também possibilita novos horizontes ao direito pela criação do direito.

O processo procura uma adaptação desses casos problemas para restabelecer a justiça social em que a lei, muitas vezes, não vem a regulamentar com a devida eficácia social. Resta ao processo dar respostas ao, muitas vezes presente, vazio legal. A criação do direito, da norma individual, opera tanto pela interpretação, ao ampliar o aspecto do direito subjetivo, como pela criação de texto daquelas zonas na qual o direito como lei não abrange: a gênese do direito tem como base o fenômeno que interpola texto e contexto, nascendo assim a norma individual. O direito público acaba por sua relevância absorvendo o direito privado e o processo passa a ser por sua dinamicidade um moderador dos interesses humanos, criado pela legitimidade democrática processual, fruto esse da gênese do direito estabelecido pela gênese conflitual.

Para compreender essa possibilidade, demonstrou necessário perpassar os contornos da jurisdição, adequando-a ao sentido constitucional e democrático: diferente de uma democracia do consenso, acredita-se que a aderência dos fenômenos conflituais sociais para a compreensão é necessário para a adaptação social de uma sociedade plural, onde o conflito é uma de suas virtudes naturais,²⁶ como um fenômeno do existir inerente à linguagem e à intersubjetividade. O conflito, nesse sentido, é aderido como litígio junto ao processo – fenômeno conflitológico de interesses –, como caso problema, e pela dinâmica processual é desvelado como direito, criando uma norma individual – direito objetivo processual.

O processo deve corresponder às mais variadas manifestações do existir, de modo que a criação do direito pelo processo (norma individual) já não pode mais simplesmente se ater ao princípio dispositivo como noção subjetiva do processo (tutela dos interesses individuais) ou

²⁶SILVA, Ovidio Baptista da. **Processo e Ideologia**. São Paulo: Forense, 2004. P. 303-305.

pela aplicação do direito objetivo ausente a compreensão hermenêutica.^{27,28} O processo não pode servir somente à tutelar as garantias como não pode ser um simples artificio do direito objetivo. Está ausente um elemento social justificador do processo.

²⁷Sobre este particular, creemos que la función cardinal del proceso, en virtud del monopolio de la jurisdicción, esta en la protección de los intereses individuales o colectivos de las personas a través de la aplicación, con el consecuente mantenimiento, del orden jurídico objetivo, esto es, el proceso no sirve únicamente para la protección de los intereses individuales o colectivos, ni tampoco para mantener el orden jurídico, sino que su identificación reside exclusivamente en la suma indispensable de estos dos elementos, razón por la cual su entendimiento va más allá de la concepción objetiva o subjetiva del proceso, exactamente porque *es un instrumento de realización de la justicia* (concepción social del proceso). Esta concepción trae consigo innumerables consecuencias prácticas, como por ejemplo la ampliación de los poderes del juez, la realización efectiva de los derechos en el menor tiempo posible, la desformalización de los procesos, etc (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. 141)

²⁸En primer término hay que distinguir aquellas teorías que consideran que las infracciones jurídicas que el proceso trata de remediar son desconocimientos o vulneraciones de los derechos subjetivos: la llamada concepción procesal subjetiva, y las doctrinas que entienden más bien que el remedio procesal se aplica no a los derechos subjetivos particulares, sino al derecho objetivo genéricamente considerado: la llamada concepción procesal objetiva o concepción objetiva del proceso. En el primer caso, el proceso vendrá lógicamente definido como un instrumento de actuación (protección, tutela) de los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico concede, pero que en la práctica no son respetados, encuentren un medio de realización de suficiente garantía. De este modo se ha defendido durante largo tiempo una concepción del proceso estrictamente ligada a la concepción de derecho subjetivo material en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, dentro de este grupo existen doctrinas aisladas que, comprendiendo la objeción fundamental que cabe hacer contra ellas, a saber, la inexistencia de un auténtico derecho subjetivo en multitud de verdaderos procesos: acción declarativa civil, querrela penal, recurso contencioso-administrativo, perfilan la fórmula subjetiva del proceso hablando, no de derecho subjetivo estricto, sino de posiciones individuales que pueden tener o no este carácter; por ello, se hace definido a esfera jurídica del particular considerada en su integridad, o de situaciones jurídicas individuales, o de poderes jurídicos atribuidos al particular con objeto de desligar en lo posible la idea del proceso de la del derecho subjetivo material, sin prescindir de la asignación a aquél de una finalidad de tutela puramente particular o privada. En el segundo caso, es decir, en el de la concepción del proceso como un instrumento de actuación del derecho objetivo genéricamente considerado, se encuentra indudablemente la que cabe considerar doctrina dominante del derecho procesal moderno. Según tal doctrina dominante, lo que el proceso protege o tutela no son los derechos de los particulares, sino el mismo y propio derecho objetivo, el cual, necesitado en cuanto declaración genérica que se concreta particularmente en la vida real, de una auténtica efectividad, viene a obtenerla a través del mecanismo judicial, que sólo se propone en realidad actuar la ley utilizando como mero instrumento los intereses particulares de los litigantes que a ellos acuden. Ahora bien, la norma jurídica puede considerarse en su totalidad o en alguno de los grandes elementos que la componen: supuesto de hecho y consecuencia o sanción. La mayor parte de las teorías incluidas en este apartado hablan de la actuación del derecho de una manera total, pero no faltan las que matizan incluso con pretensiones de heterodoxia respecto a la opinión común el elemento concreto de la norma jurídica que el proceso realiza, defendiendo en ocasiones que el proceso protege al supuesto de hecho de la norma jurídica, asignándole como finalidad de la fijación de los datos de que depende la aplicación de una norma, y sosteniendo otras veces que el proceso lo que protege en realidad, poniéndola en existencia, es la consecuencia que toda norma jurídica encierra, lo que hace del proceso un instrumento de realización de las modificaciones jurídicas impuestas por la norma, esto es, de las sanciones. Mas, inversamente a lo que ocurría con el grupo doctrinal anterior, cualquiera que sea la caracterización asumida por las teorías actuales, siempre resultan materialmente insuficientes y formalmente excesivas. Materialmente insuficientes porque no explican el fundamento o razón social que pueda tener la actuación del derecho tan abstractamente considerada; formalmente excesiva porque no es necesario suponer como forma procesal característica la realización del derecho, ya que hay procesos sin lesión jurídica auténtica y, contrariamente, infracciones del orden jurídico que se remedian sin acudir a la institución procesal. La crítica, por insuficiencia material de las teorías de la actuación del derecho, se descubre al observar que todas estas doctrinas parecen contentarse con una explicación puramente jurídica de los resultados que en el proceso se obtienen, pero no determinan la *necesidad social* a que concretamente respondería esa actuación procesal, sino que esta necesidad social, al sumo, viene remitida, por vía indirecta o de segundo grado, al cuadro de necesidades satisfechas en primer término por el derecho que acude ante el Juez, la finalidad primaria que con el proceso se persigue no es la de dar lugar a esta tutela de segundo grado en que se hace consistir el proceso, sino a la protección e primer grado que en el proceso verdaderamente se deduce. Resulta de una arbitraria sutileza *el considerar como principal preocupación procesal la de saber no yá si la parte que reclama tiene*

O processo representa, para além de um espaço para tutela dos direitos subjetivos, local onde o próprio direito subjetivo é ressemantizado e local onde novas pretensões, que não são normatizadas como lei, são trazidas para que sejam reconhecidas como direito (norma individual). Assim, a autoridade do juiz, expressada pela possibilidade de criação de direito objetivo.

Pelo que foi brevemente exposto, o **problema** da ora Tese, denominada “A Filosofia do Direito Processual (Da Jurisdição ao Processo): o fenômeno conflitológico de interesses como Gênese do Direito” é o seguinte: o Processo, por meio, do fenômeno conflitológico de interesses, pode servir de espaço democrático para a criação do direito?

A **justificativa** da ora Tese é a de que os fenômenos conflitológicos de interesse são plúrimos, pois representam a coexistência humana, e não se limitam aos supertes fáticos expressados pela norma, que realizam acomplamento da norma com o fato como em uma operação lógico-matemática. O Paradigma Científico da Complexidade demonstra que a vida em si vai muito além de uma ciência matemática e, mesmo que os fenômenos não sejam aderidos pelo ordenamento jurídico como lei, os fenômenos conflitológicos de interesse são relevantes ao direito por expressarem interesses de relevância individual e social, que importam ao Estado sob a égide Ativo-Responsiva. Os fenômenos conflitológicos de interesse, assim, tornam-se responsáveis por ressemantizar o texto a partir do contexto e por reconhecer o direito para além da lei, sendo o Processo o local para a criação de fenômenos ignorados pela Lei e espaço para ressemantizar o direito como lei. Para aderir ao fenômeno conflitológico de interesse, o processo não pode mais estar erigido sobre princípios e institutos rígidos, incapazes de reconhecer que o Processo tem potência de ser muito mais do que, na atualidade, é considerado. Pelas novas complexidades sociais, pela perpetração de injustiças sociais e demais problemas que hoje o Direito tem apresentado no social, mostra-se altamente relevante uma revisão da dinâmica processual, a fim de superar a estática do direito, operando, via compreensão hermenêutica, a criação da norma individual.

A **hipótese** é a de que o Processo é a vocação de nossos tempos por vivermos em um Estado Ativo-Responsivo e por ser o Direito muito mais amplo que a Lei, uma vez que o ser

derecho a obtener lo que pide, sino la de determinar si tiene derecho a esa reclamación. La finalidad social perseguida por el proceso se halla, sin duda, en un aquietamiento justo de la vida de la comunidad, y no puede decirse que esta finalidad se conseguiría con la simple declaración judicial recaída en torno a la tutela instrumental que se configura como objeto del proceso. Lo que actor y demandado quieren fundamentalmente fijar no es sí su derecho a obtener la tutela jurídica existe o no, sino, efectivamente, la obtención pura y simple de la misma. Y aunque se diga que el fin genérico del proceso no se confunde con el propósito específico de los diversos sujetos que en él actúan, esto, que en sí mismo es una verdad, no puede llevar al desconocimiento de tales propósitos, sino a su superación en una síntesis unitaria que no los ignore, sino que los coloque en una perspectiva científica más adecuada. (GUASP, Jaime. **La pretensión Procesal**. Madrid: Civitas, 1985. P.31-36)

humano é conflitual e esta sempre criando novas complexidades. Inicialmente, o fenômeno do Ativismo Judicial mostrou que é inevitável a introdução de uma alta carga política na Jurisdição, por ser um efetivo modo de trazer ao Estado as novas complexidades sociais, uma vez que, sob a égide de um Estado Estado Ativo, este se presta a operar socialmente. De outro lado, foi observada uma predominância do decisionismo judicial, pois as decisões judiciais fruto do ativismo continham um predomínio da filosofia da consciência, o que se mostrou nocivo à Ciência Jurídica, pois a centralidade política foi redimensionada no julgador, na Jurisdição. Em um Estado Ativo, mas coligado a ser também Responsivo, mostra-se relevante que a centralidade política se volte à Democracia Participativa, na direção de a uma cidadania ativa, o que é possível com a passagem da Jurisdição ao Processo.

Essa passagem reestrutura a função Jurisdicional, revelando-se um enfoque na Administração da Justiça pela governança processual das partes em colaboração reativa, a qual propicia a dinamicidade processual assegurado a atividade das partes pelos princípios do dispositivo e do contraditório constitucionalizados. Junto a isso relevante acertar a estática evidenciada com o objeto do processo e em seu desenvolvimento com o objeto do debate processual, capaz este de transformar as manifestações e alegações pela dialeticidade-dialogal processual possibilitada com o fenômeno conflitológico de interesses. Exige-se de tal modo não mais a aplicação do direito como lei, pois a função jurisdicional acaba proporcionando a compreensão hermenêutica acertada com a dinamicidade processual na criação do direito. A criação da norma individual é oportunizada com a ruptura da aplicação/congruência/motivação postas no exercício do normativa do *iura novit curia* (dai-me os fatos que eu te darei o direito), expressão da atividade criativa acostada a dimanicidade processual.

A função judicial acaba manifestada pela fundamentação judicial e passa o fenômeno conflitológico de interesses servir de gênese ao direito objetivo processual. O protagonismo do juiz passa a ser o protagonismo das partes, havendo especial reconhecimento da fundamental dialética-dialogal processual. No tocante à atividade jurisdicional, o juiz legitima-se com essa dinâmica processual para com a criação do direito em sua decisão, pois o fenômeno conflitológico de interesses servirá de gênese fecunda ao direito. A jurisdição passa a ser ressignificada pelo Estado Responsivo e Ativo, o qual redimensiona a responsabilidade social por meio da decisão judicial, que é apresentada como uma tentativa de "reivindicar" os objetivos da política constitucional ou legislativa; não é uma instância meramente declarativa, mas, de fato, envolve o estabelecimento de políticas e articulações regulatórias voltadas para a reformulação da estruturação do direito por sua função, as quais apresentam consequências políticas (regulamentares) da decisão judicial.

O *objetivo geral* é demarcar uma nova Jurisdição pelo Processo, evidenciando o *Processo como Vocação de nossos Tempos*, o que passa a ser relevante na contemporaneidade pela passagem para o Estado Ativo-Responsivo, que centraliza a política na Democracia Participativa: os cidadãos ativos buscam reconhecimento e emancipa o com o Processo Civil através da governança processual.

Demarca-se como Filosofia do Direito Processual por absorver o fen meno como fen meno conflitual, como conatural a existência. Muito mais que a textualidade dos códigos, o contexto, apresentado com o fen meno, é o que interessa ao Direito: a hermen utica filosófica tem na filosofia prática um bosque, nesse bosque o caminhar sob novos horizontes acaba desaprisionando a metafísica criada entre *ius* e *lex*, diminuindo idiossincrasias e dimensionando o direito a existência, pois a metafísica do direito como lei aprisiona a vida ao texto e na ora tese procura-se estabelecer a sua ruptura centrando no fen meno conflitológico de interesses. O Processo acaba possibilitando o dimensionamento da compreensão hermen utica na decisão (ruptural com o juiz aplicador da lei), desvelando as tessituras do fen meno.

A no o de fen meno conflitológico de interesses surge da fusão da ideia de *conflito de interesses* de Carnelutti²⁹ e da fenomenologia hermen utica, tratando os fen menos existenciais como conflituais. O processo a partir da ora visão adquire a normatividade da teoria geral do direito erigida por Kelsen. A teoria normativa acaba cingindo o que é texto e contexto e, ao final do processo, com o fen meno conflitológico de interesses, operando pela compreensão hermen utica junto ao texto e o contexto, é produzida norma individual; ou direito objetivo processual. O direito subjetivo como situa o jurídica substancial se reveste de interesse, manifestado pela autonomia da vontade, que não advem do direito como lei, justificado pela

²⁹La voz proceso sirve, pues, para indicar *un método para la formación o para la aplicación del derecho* que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea *justa y cierta*: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados *no saben*, y si no es justo, *no sienten* lo que es necesario para obedecer. Así como para al objeto de obtener la reglamentación justa y cierta es necesaria una *experiencia* para conocer los términos del conflicto, una *sabiduría* para encontrar su punto de equilibrio, una *técnica* para aquilatar la fórmula idónea que represente este equilibrio, la colaboración de las personas interesadas con personas desinteresadas est  demostrada para tal fin como un método particularmente eficaz. Por otra parte, tal colaboración, sobre todo en razón de la heterogeneidad de las personas que a ella concurren, determina necesariamente una secuela de actos que deben ser estrictamente regulados y evocan la idea de *proceso*, como mutación de la realidad que se lleva a cabo por una sucesión de hechos causalmente vinculados. En cuanto el proceso es un método para la formación o para la actuación del derecho, *sirve al derecho*; por otra parte, en cuanto esa formación o actuación, en razón de los conflictos de intereses que tiende a regular y también de los otros en que se resuelve el proceso mismo (*infra*, ns. 187 y sigtes.) est  regulada por el derecho, *el proceso es servido por el derecho*, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1950. P.22.; Ver también: **Cómo Nace el Derecho**. Colombia: Temis, 2005; CARNELUTTI, Francesco. *L'esperienza del Diritto*. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Marzo-Agosto 1943, ano XXIII, Pp.97-112; *Matematica e Diritto*. **Rivista Diritto Processuale**, 1951, Volume VI, Padova, Pp.201- 212; *Clinica del Diritto*. **Rivista Diritto Processuale Civile**, 1935, Volume XII, Pp.169-175)

teoria normativa, que ve mais do que o direito como lei. A norma individual é o que vem a gerar uma “dinâmica” do caso-problema ao sistema normativo, norma criada pela via interpretativa, na aplicação do direito, que pode ser considerada também como ato criativo³⁰. Por este motivo, pode-se afirmar, mediante uma visão normativista, que o direito é a um conjunto de normas as quais impõem deveres e faculdades e que busca a adaptação existencial e social pela criação da normativa geral e individual.

O trabalho segue a base da teorização da Ciência Processual construída pela visão e análise crítica da Teoria Geral do Processo do Professor e Orientador Darci Guimarães Ribeiro³¹, responsável por alavancar a possibilidade de o processo ser visto como importante e fundamental espaço democrático para o direito. Aderindo-se à base das ideias de contraditório, princípio dispositivo e objeto do processo e do debate processual erigidas pelo professor, foi possível, no presente trabalho, construir uma ressignificação das atividades das partes em uma governança processual. Mostoru-se de extrema relevância a leitura da proposta que realiza a divisão do objeto do processo e do objeto do debate processual, pois esta divisão reestabelece a importância da dialeticidade-dialogal processual, fundamental para que o direito seja desvelado pelo processo. A leitura do brocardo *iura novit curia* em uma visão atualizada somente foi possível a partir dessa dinâmica, com o acerto de um direito objetivo processual, estabelecido com a configuração do monismo processual defendido pelo Professor.

A ora tese, desse modo, aborda a filosofia do direito processual a partir da hermenêutica filosófica, pela ideia do fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito a partir de uma perspectiva monista da jurisdição, dando vida a norma individual a partir do caso-problema. Essa visão, para se tornar prática, cobrou uma ressignificação da dinâmica processual, pela fusão entre administração da justiça e função jurisdicional, resultando na

³⁰KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 193.

³¹Obras e demais produções utilizadas para realização deste trabalho: RIBEIRO, Darci Guimarães A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, v. 39, n.º 232, Pp. 13-35, jun. 2014; **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, v. 40, p. 101-120, 2014; **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004; O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 17, n.º 65, 2009, Pp. 53-68; O Sobre-princípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. **Revista Forense**, v. 381, Pp. 57-70, 2005; **Objeto do Processo e Objeto do Debate**: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do Novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). **Desvendando o novo CPC**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

governança das partes pela colaboração reativa³², legitimando democráticamente a criação da normativa individual.³³

A teoria monista, teoria processual voltada ao caso-problema³⁴, em sua acepção clássica estrutura-se sobre a teoria concreta da ação, que nega a existência de direitos subjetivos

³²A administração da justiça torna-se a potestas que legitima a auctoritas judicial, que se expresa pela criação do direito. A administração da justiça se dá pela colaboração reativa, conhada por OST: No se trata solamente de la pacificación provisional que deriva de un arreglo impuesto por la ley del más fuerte, sino también una armonía restablecida a partir del hecho de que se ha producido un reconocimiento mutuo: cada uno de los protagonistas, cualquiera que sea el tipo de acción que lleve a cabo, ha de poder admitir que la sentencia no es un acto de violencia, sino de reconocimiento de los respectivos puntos de vista. En este nivel, ascendemos a una concepción superior de la sociedad: no ya solo un sistema de distribución de bienes, sinónimo de justicia distributiva; sino la sociedad como esquema de cooperación: mediante la distribución, pero más allá de la misma, mediante el procedimiento, pero más allá del mismo, se deja entrever algo así como un «bien común» que, precisamente, hace de vínculo social. Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social». No se trata solamente de la pacificación provisional Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social» [...]. Un bien paradójicamente hecho de valores que eminentemente se pueden compartir. En este punto, la dimensión comunitaria ha tomado el relevo de la dimensión procedimental incapaz por sí misma de conjurar la violencia. Podríamos evocar aquí el ejemplo sud-africano de las comisiones de Verdad y Reconciliación, que «más que juzgar la historia, intenta aligerarla de la semilla del resentimiento que guarda en sus flancos y que puede hacer que se repita». Estos procedimientos, que son calificados como ejercicios de justicia «reconstructiva» o mejor «transicional», tratan sin duda de proteger la memoria y los derechos de las víctimas, pero también y, sobre todo, de garantizar aquellas condiciones que vendrían a constituirse en una especie de conjuro para evitar el retorno del pasado. En resumen, la distribución judicial es a un mismo tiempo tanto la adjudicación de unos bienes (que nos separan), como lo que nos hace ser parte de la misma sociedad, esto es, aquello que nos acerca. De esa distribución surge una propiedad emergente que es más importante que la parte que se le ha conferido a cada uno; tal es la armonía re-establecida, la cooperación reactivada. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.42-43)

³³Si se aborda el problema desde una perspectiva monista no tiene sentido plantearse el tema del objeto del proceso, al menos como se viene haciendo hasta el presente, como punto de incidencia de las relaciones entre derecho y proceso. No puede señalarse un contenido del processus iudicii distinto de la propia actividad de las partes y del juez. Estas dos fuerzas, en su dinámica, caminan hacia la búsqueda del derecho que resultará del juicio. La esencia del proceso es ser génesis del derecho y por lo tanto no puede tratar de objetivarse un contenido en él distinto de la propia actividad procesal. Ahora bien, otra cosa distinta es que quiera señalarse los límites que diversifican un proceso de otro. Efectivamente, el proceso es siempre algo concreto, determinado, y no una realidad abstracta, estereotipada. (MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P.273)

³⁴El desarrollo alcanzado por las teorías dualistas de la acción es fruto, sin duda, de las vicisitudes históricas que condujeron a la autonomía del derecho procesal frente al sistema de derecho privado. La progresiva delimitación del concepto de acción frente al derecho subjetivo por una parte confirmó la independencia de nuestra disciplina, pero por otra condujo a un radical dualismo entre derecho y acción. Tanto es así que los intentos de aproximación de ambos términos por parte de los procesalistas no se hicieron esperar. Sin embargo por este camino era imposible, por su propio planteamiento, superar en manera alguna el binomio. La primitiva unidad entre derecho y acción había sido herida profundamente y hubieron de ser otras las orientaciones doctrinales llamadas a poner remedio a la escisión. La vía útil para la renovación era volver al punto de partida. Así surgen las teorías monistas de la acción. [...] 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: Em primer lugar, el peso de la tradición romanista con el primado de la acción sobre el derecho subjetivo. [...] En segundo lugar, la vía muerta a que habían llegado las teorías dualistas en lo concerniente a las relaciones entre derecho y acción. [...] En tercer

anteriores à decisão judicial, asseverando que o juiz cria direito subjetivo mediato, um direito que é acertado pelo processo e advém direta e somente do direito como lei. Porém, difere-se a ora tese na medida em que defende que o monismo processual cria direito objetivo para além da lei, pois entra como um direito subjetivo “como lei” ou “como situação jurídica” que serão dinamizados pelo objeto do debate processual através da governança processual acertada com a ressignificação do princípio dispositivo pelo princípio contraditório. O juiz cria o direito objetivo, como fonte de direito ao lado da lei, pelo brocardo *iura novit curia* que absorve em seus sentidos que o juiz conhece o direito: uma vez que não existe cisão entre questão de fato e de direito, o fenômeno absorve texto e o contexto e cria-se a norma individual. Essa norma individual terá em seu núcleo a flexibilização da congruência e a congruência, pois o objeto do processo opera na em uma dialeticidade revista pelo objeto do debate processual. Essa dialeticidade reverte-se em uma colaboração reativa das partes. Todo esse cenário servirá como fundamentação na decisão judicial, operada via compreensão. Salienta-se que no que toca aos direitos fundamentais, na acepção ora defendida do monismo processual, não poderão, no processo, serem reduzidos em sua amplitude ou negados em sua existência, devendo os mesmos serem ampliados interpretativamente mediante compreensão hermenêutica³⁵.

No que diz respeito ao *Método de Abordagem* desta investigação, para cumprir os objetivos do presente trabalho, será o fenomenológico-hermenêutico, cujo significado corresponde àquilo que se revela, o que se mostra em si mesmo. Assim, manifestar-se só é possível com base no mostrar-se de algo. Este mostrar-se que torna possível a manifestação, não é a própria manifestação. O manifestar-se é anunciar-se mediante algo que se mostra e o fenômeno, mostrar-se em si mesmo, significa um modo privilegiado de encontro, de sorte que o que se mostra em si mesmo são fenômenos da fenomenologia³⁶. A hermenêutica

lugar, no es aventurado señalar, el monismo en este caso es la reacción lógica contra la excesiva publicización 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. En fin, todos estos motivos parciales confluyen en uno: la superación del dualismo acción-derecho. (MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Borsch, 1979. P.96-97)

³⁵Sobre este ponto, vale a análise da classificação dos direitos subjetivo imediatos feita por Darci Guimarães Ribeiro em: **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

³⁶O termo fenomenologia, tipicamente heideggeriano, se refere exclusivamente ao modo como se demonstra e se trata o que nesta ciência deve ser tratado. A ciência dos fenômenos refere-se ao aprendizado dos objetos de tal maneira que se deve tratar de tudo que se está em discussão. Ensina Heidegger que a fenomenologia é a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia, esta que só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno compreende o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. O fenômeno é o que constitui o ser. Na necessidade de se aproximar o pesquisador do objeto pesquisado, portanto, é que se considera que sujeito, o pesquisador, está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados, descobertas e potencialidades. Logo, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo o qual a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Na figura do círculo hermenêutico, busca-se a compreensão dos dados de pesquisa reunidos, constituindo-se uma análise e interpretação destes, buscando uma

fenomenológica está conectada diretamente ao mundo prático da vida. A gênese³⁷ do direito, segundo o nível proposto, dar-se-ia por uma filosofia prática: por prática, não significa atuar segundo determinadas regras ou aplicar conhecimentos, senão significa a *facticidade* do ser em seu entorno coexistencial intersubjetivo.³⁸

Far-se-á um estudo descritivo que à possibilidade da explicação das relações: de causa e efeito dos fenômenos; ou seja, analisar o papel das variáveis que, de certa maneira, influenciam ou causam o aparecimento dos fenômenos. Quanto ao método ainda, será utilizado o *dialético reflexivo* (não o modelo Hegeliano totalitário, e sim Gadameriano); proposto por Hegel, no qual as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que passam a requerer solução. Não podendo, os fatos, serem considerados fora de um contexto social, político, econômico. A investigação empregará como *recurso técnico* fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras, abrangendo fundamentalmente fontes jurídicas, tais como: livros

nova compreensão do fenômeno, que se concretiza, igualmente, em uma nova proposta, repetindo-se o círculo. (STEIN, Ernildo. **Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano**. In: **Sobre a Essência do Fundamento**. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979; e STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 4)

³⁷Tomaré un ejemplo de un estudio reciente que hice sobre la exégesis del relato sacerdotal de la creación en el Génesis 1, 1-2, 4a: esta exégesis hace aparecer, en el interior mismo del texto, el juego de dos relatos, un Tatbericht, en el cual la creación se expresa como un relato de acción: "Dios hizo.. .", y un Wortbericht, es decir, un relato de palabras: "Dios dijo, y eso fue". Se puede decir que el primer relato desempeña el papel de tradición y el segundo, de interpretación. Lo que es interesante aquí es que la interpretación, antes de ser el acto del exégeta, es el acto del texto: la relación entre tradición e interpretación es una relación interna al texto; interpretar, para el exégeta, es ponerse en el sentido indicado por esta relación de interpretación sostenida por el propio texto. Este concepto de interpretación objetiva, y en cierto modo intratextual, no tiene nada de insólito. Tiene incluso una antigüedad digna de rivalizar con el de interpretación subjetiva que se vincula, como se recordará, con el problema de la comprensión de los demás a través de los signos que el otro da de su vida consciente. Por mi parte, vincularé deliberadamente este nuevo concepto de interpretación con el de Aristóteles en el título de su tratado Acerca de la interpretación. La hermeneia de Aristóteles, a diferencia de la técnica hermenéutica -hermeneutiké téchne- de los adivinos y de los intérpretes de oráculos, es el acto mismo del lenguaje sobre las cosas. Interpretar, para Aristóteles, no es lo que se hace en un segundo lenguaje con respecto a un primero; es lo que hace ya el primer lenguaje, al mediatizar con signos nuestra relación con las cosas. La interpretación es, pues, según el comentario de Boccio, la obra misma de la vox significativa per se ipsam aliquid signijii cans, sive complexa, sive incompleta. Así, el nombre, el verbo, el discurso son los que interpretan en tanto significan. Es cierto que la interpretación en el sentido de Aristóteles no prepara exactamente para la inteligencia de esta relación dinámica entre varias capas de significado del mismo texto. En efecto, presupone una teoría de la palabra y no del texto: "Los sonidos emitidos por la voz son los símbolos de los estados del alma, y las palabras escritas, los símbolos de las palabras emitidas por el habla" (Acerca de la interpretación, fl). Por eso la interpretación se confunde con la dimensión semántica de la palabra misma: la interpretación es el discurso mismo, es todo discurso. No obstante, retengo de Aristóteles la idea de que la interpretación es interpretación mediante el lenguaje antes de ser interpretación sobre el lenguaje. [...] La idea de interpretación, comprendida como apropiación, no queda por ello eliminada; sólo queda remitida a! término del proceso; está en el extremo de lo que hemos llamado antes el arco hermenéutico; es el último pilar del puente, el anclaje del arco en el suelo de lo vivido. Pero toda la teoría de la hermenéutica consiste en mediatizar esta interpretación/apropiación por la serie de interpretantes que pertenecen a! trabajo del texto sobre sí mismo. La apropiación pierde entonces su arbitrariedad, en la medida en que es la reasunción de aquello mismo que se halla obrando, que está en trabajo, es decir, en parto de sentido en el texto. El decir del hermeneuta es un re-decir, que reactiva el decir del texto. (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 144-147)

³⁸GADAMER, George. **El Giro Hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1998. P.183-184.

jurídicos, relatórios oficiais e fontes jurisprudenciais. Pesquisar é procurar respostas para inquietações, problemas, para que venha se propor algo novo e revelador: neste norte tem a presente pesquisa *natureza aplicada*, posto que, tem por finalidade gerar conhecimentos para aplicação prática dirigida à solução de um problema específico, envolvendo verdades e interesses jurídicos.

A hermenêutica fenomenológica como método permeará o trabalho ao se considerar os conflitos como expressões da intersubjetividade existencial, como expressões naturais do ser-no-mundo. Também, em outro nível, será utilizada para denotar a compreensão no que tange à decisão judicial, sendo que a compreensão se desvela com a dinamicidade processual e por fim galga legitimidade democrática processual, tendo como centro a ruptura com a legalidade e com a legalidade constitucional, voltando-se à responsabilidade sociopolítica do juiz, haja vista que a centralidade política passa da jurisdição ao processo. O Processo passa a ser a vocação de nossos tempos.

Superadas as delimitações que correspondem à nova consciência da Filosofia que passa naturalmente a influir na Filosofia do Direito, que influencia e expande-se diretamente na hermenêutica filosófica juntamente com o giro ontológico-linguístico, se faz um convite para que os intérpretes (operadores jurídicos) assumam uma *postura ativa, criativa e responsável*, na esfera de um mundo jurídico e social no qual a todo o momento são chamados a dizer como ele mesmo deve ser. À essa postura criativa, delinea-se, somar-se-á a imprescindível participação democrática do ser junto à construção do direito, a partir do fenômeno conflitológico de interesses.

O trabalho, para melhor compreensão, foi dividido em dois grandes capítulos. Os subcapítulos abaixo delineados e esmiuçados expressam os *objetivos específicos*. O primeiro capítulo busca demonstrar a passagem da *Jurisdição como vocação de nosso tempo*, para *Processo como vocação de nosso tempo*. O segundo capítulo busca, por sua vez, apresentar a dinamicidade processual e a capacidade de, a partir da reestruturação de importantes princípios processuais, chegar-se a um processo justo e democrático, o qual é dinâmico para criar o direito, seja pela interpretação da norma ou pela criação de texto.

No primeiro capítulo (I), o primeiro título, designado “*O Processo como gênese do Direito: o fenômeno conflitológico de interesses como possibilitador de novos horizontes*” (I) busca perpassar a filosofia hermenêutica-fenomenológica como paradigma da complexidade, que adere em seu sentido o fenômeno conflitológico de interesses como expressão inerente ao ser-aí. O subcapítulo “*Filosofia do Direito Processual como Filosofia Prática: do processo como adaptação existencial*” (1.2) apresenta que os fenômenos da existência expressados como

conflito são fundamentais para o direito, pois operam na dinâmica entre texto e contexto. Os conflitos estão presentes em todos os aspectos das relações humanas, além de constituir elemento vital básico. No processo, os conflitos são trazidos pelo objeto do processo *formal* ou *substancial*. No capítulo, é posto que o fenômeno conflitológico de interesses é tido como co-natural para a adaptação existencial e precisa o fenômeno conflitual ser estudado em suas bases sociológicas, antropológicas e filosóficas, servindo estes estudos como elementos fulcrais para a compreensão hermenêutica. O fenômeno conflitológico de interesses passa a ser a gênese do direito, por ser inato ao ser, desprendendo-se do *dever ser*. Assim, a filosofia do direito processual buscará demonstrar, pela hermenêutica filosófica, as bases existenciais do direito no sentido de formar uma adaptação existencial.

No segundo título, denominado “*Da Jurisdição ao Processo: do redimensionamento da Jurisdição no tocante a Função Jurisdicional (auctoritas) e a Administração da Justiça (potestas) por uma dinâmica processual*” (2) expõe-se a necessidade de superar a ideia de *jurisdição como vocação de nossos tempos* para *de processo como vocação de nossos tempos*, em razão da dinâmica processual, ao aderir as gramaticidades da vida. O capítulo denota que a *iurisdictio* adere à concepção de aplicação do direito, limitando a decisão judicial ao *ius dicere* – *lex* – e limitando ao legislativo a criação do direito – *ius facere* –, porém, com as transformações do Estado para uma ideia de Estado Ativo-Responsivo, que agora afigura um papel altamente relevante no tocante a produção do direito pela experiência de seus juizes e tribunais, a fundamentação da decisão passa a expor as teses jurídicas interpretativamente postas pela hermenêutica filosófica, passando também o Judiciário a criar direito – *ius facere*.

Para que o Judiciário possa ser um espaço de criação do direito, inserido dentro de uma ideia de criação democrática do direito, mostrou-se necessário realizar a passagem da Jurisdição ao Processo, pois quando a produção do direito possui foco extremando na jurisdição (*auctoritas*) a criação do direito torna-se antidemocrática. *O protagonismo do juiz passa a ser o protagonismo das partes*, operado na senda interpretativa e fenomênica na construção dos objetos, possibilitando assim a dialética processual; além disso, no tocante a atividade jurisdicional, o juiz legitima-se com essa dinâmica processual para com a criação do direito em sua decisão, pois o fenômeno conflitológico de interesses servirá de gênese fecunda ao direito.

Para ser realizada a transição, expor-se-á a passagem “*Da Separação à Divisão de Poderes: por uma ressignificação dos Poderes Jurisdicionais*” (2.1) que demonstrará como a ultrapassada visão de uma rígida separação de poderes, fruto do Estado Reativo (2.1.1) (Legislativo, Executivo e Judiciário), não mais existe na hodiernidade. Conforme se verá, essa diferenciação entre os poderes já não é mais fruto de uma separação rígida, mas sim de uma

divisão de poderes (caráter mais brando se comparado com a separação) onde as três esferas do Estado não possuem uma função rígida, mas são ativos e democráticos para com a participação da sociedade e cidadania (2.1.2) e o Estado-Juiz passa a adentrar a seara política em suas decisões, superando a representatividade democrática. O sub-capítulo buscar denotar como se opera a divisão de poderes no Estado Ativo-Responsivo, por meio do qual o Estado busca a Democracia Participativa voltada à adaptação existencial, o que se dá por programas de transformação social que vão além das políticas públicas apregoadas aos Poderes Legislativo e Executivo, projetando essa transformação social - de maneira inovadora - também no Processo Judicial, visto como pujante construtor de revoluções disruptivas com efeitos sociopolíticos, pois o Processo não só volta-se à resolução de conflitos, bem como também volta-se à implementação de políticas e a participação democrática do cidadão ativo (Todos os órgãos/Poderes que constituem o Estado denotam o perfil Ativo e Responsivo no tocante às suas decisões).

No seguinte título, denominado “*Politização do Direito: da dimensão Jurisdicional à Processual*” (2.2), procurou-se denotar que a limitação da *potestas* jurisdicional ao *ius dicere* afastou o judiciário de responsabilidades sociais e tolheu-lhe a *auctoritas* para a criação do direito. Porém, com a digressão feita da “separação para divisão dos poderes”, que ocorreu mediante importantes revoluções que reestruturaram a atuação jurisdicional, como o pós-segunda guerra, restou nítido que o Judiciário possui seu *imperium* mais amplo do que somente o *ius dicere* oportunizado com a base formativa da *iurisdictio*. *Da Jurisdição ao Processo* significa que a centralidade política está voltada na atualidade ao Processo (as partes como cidadãos ativos democratizam os debates, superando a centralidade política da jurisdição motivada em decisões evasivas do julgador), pois passa a renovar-se diante da Ciência Processual, passa a dar relevo as manifestações sociais dos fenômenos conflituais criadores de dissonâncias não alcançadas pelas normas gerais, atingindo concretização o fenômeno como norma individual.

Para que bem se compreenda a passagem na jurisdição ao processo, relevante falar sobre o fenômeno do “*Ativismo Judicial como fenômeno reestruturante da Jurisdição, e a projeção da centralidade política ao Processo*” (3) pois, na medida em que o juiz dota sentido político às suas decisões, nasce o importante e fundamental fenômeno do ativismo judicial, podendo ser considerado o fenômeno impulsionador da discussão política no processo, ao *judicializar a vida* (pois, a juridicização da vida politiciza-se). A politização do direito pela via judicial fez emergir um novo paradigma no qual o juiz transforma-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia por meio da prestação jurisdicional, passando a provocar em suas decisões

transformações políticas, sociais e econômicas, rompendo com o abstrato formalismo da lei. De outro lado, o efeito negativo do ativismo judicial foi a filosofia da consciência: muitas das decisões identificados como ativistas são meras expressões ideológicas (sociais e liberais), e muitas das vezes representam um apego ao garantismo constitucional ou ao caráter meramente interpretativo do julgador. A importância do ora trabalho reside nessa ruptura, pois em uma Democracia não há espaços para subjetivismos de uns. Assim, em que pese reconhecida a importância do ativismo judicial para a criação do direito, deve ocorrer uma passagem da centralidade na jurisdição (ativismo judicial) para uma centralização no processo (ativismo judicial processualizado) como possibilidade de criação democrática – participativa - do direito pelo Judiciário.

No subtítulo “*Do redimensionamento da Jurisdição com o modelo de Estado Ativo-Responsivo: a fusão entre função jurisdicional (auctoritas) e administração da justiça (potestas)*” (4) buscou-se denotar a fusão entre administração da justiça e atividade jurisdicional, cuja impulsão foi o fenômeno do ativismo judicial, explicitado no título anterior, que, ao centrar-se no protagonismo judicial (*auctoritas* em detrimento de qualquer outra expressão) teve como manifestação relevante a juridicização da existência; entretanto, delinear-se-á que frente a um modelo de Estado Ativo-Responsivo ocorre uma profunda despolitização da Jurisdição e politização do processo. Em um Estado Ativo-Responsivo as Constituições propiciam uma amplitude interpretativa muito mais significativas do que proposto no Estado Moderno, o que se deve aos sentidos possibilitados pelas cartas materiais que gestam, nelas, democracias não apenas formais, mas, também, substanciais. Esses novos sentidos (mudança institucional) propiciam maior proteção de direitos em benefício dos cidadãos, tornando-os ativos em busca de conquistas políticas em uma jurisdição que só será possível nesse novo modelo democrático-participativo.

A administração da Justiça apresenta-se como *potestas* – acaba por aderir-se a função processual em colaboração reativa – pois tem como pressupostos a igualdade e a liberdade das partes, dimensionando com a dinamização processual responsabilidade e projeções ativas para o desvelar fenomênico conflitual. Desse modo os cidadãos ativos estão emancipados político-juridicamente e equilibrando-se frente suas faculdades processuais, as quais determinarão a desconstrução-construção do objeto do processo com o objeto do debate processual, o qual, uma vez construído, influenciará na compreensão do fenômeno e na função jurisdicional (*auctoritas*): isso assegura a imparcialidade do juiz com a garantia dos princípios do dispositivo e do contraditório constitucionalizados, somando assim o aspecto da dialética a boa-fé processual e a fundamentação da decisão judicial.

Exaspera-se, para assim justificar essa cooperação, que de modo similar ocorreu com o *imperium*, que é um tipo de *potestas* reconhecido ao juiz que deve estar *unido* à *auctoritas*. O liame entre ambas se dá com a legitimidade democrática processual acertada na jurisdição, que opera em uma fusão entre ambas, mas que em cada qual opera em dinâmica processual distinta: no tocante à função jurisdicional opera nesta uma decisão apregoada à compreensão hermenêutica que deve ser fundamentada; já no que diz respeito à administração da justiça, ela incide no governo partilhado em colaboração reativa e na formação e desenvolvimento do processo. Essa dinâmica processual tem como centralidade o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses. Busca-se demonstrar que muito se aproxima a fusão entre *auctoritas* e *potestas* ao modelo de Estado Ativo-Responsivo, onde o Estado-Juiz manifesta dupla atividade: de um lado reconstruir a dinâmica interna do texto e de outro restituir a capacidade do fenômeno em projetá-lo ao exterior mediante a representação de uma adaptação existencial.

No título “*Da Resignificação da Administração da Justiça (potestas): a democratização da democracia e a governança das partes*” (4.1) e no título “*Da Resignificação da Função Jurisdicional (auctoritas): da compreensão hermenêutica como possibilidade de criação de norma individual*”(4.2) delinea-se os atuais problemas encrustrados na função processual (administração da justiça) e na função judicial, perpassando ambas as funções sob a ótica do Estado Ativo-Responsivo. Demonstrar-se-á que a *potestas*, importante função processual consistente na administração da justiça, está limitada totalmente como atividade do julgador na aplicação do direito (*ius dicere*) subjetivo (lei) ao caso concreto vinculado ao princípio dispositivo, o que foi responsável por cingir fato e direito e limitar o juiz como mero boca da lei. A *auctoritas (ius facere)*, por seu turno, está centrada somente no legislativo, pois somente este possui autoridade para criar o direito.

A atividade jurisdicional acaba evidenciando que a atividade do juiz, em uma Democracia, supera a mera *potestas* apregoada à lei (*ius dicere*, uma simples *potestas* reconhecida pelo Estado como aplicação da lei), bem como supera a figura da *auctoritas suprema* (ativismo judicial, quando a *auctoritas* é maior do que a *potestas*), mas que seja a atividade jurisdicional uma fusão entre *potestas* com a *auctoritas*: o juiz cria direitos (*ius facere*), mas uma criação legitimada democraticamente pela *potestas*, expressada aqui como colaboração reativa entre as partes (sendo o juiz também parte) pela administração da justiça – dialética, contraditório – e não mais como legitimação pela letra fria da lei; troca-se a legitimação pelo legislativo pela *legitimação pela democracia participativa*.

O Poder Político é representado, em um primeiro momento, pelo Estado-Legislador e, após uma aderência da política ao judiciário, também é representada pelo Estado-Juiz (ativismo judicial). Como efeito da hodiernidade a centralidade da política retorna ao cidadão, hoje um cidadão ativo frente à sociedade e as instituições. A sociedade acaba exigindo de suas instituições decisões ativas e responsivas, o que impulsiona o direito como adaptação existencial. O cidadão ativo exige para si a política e essa ruptura da centralidade política é possibilidade pela Constitucionalização, efeito esse faz nascer uma centralidade política no processo.

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. A *potestas* que se propõe, diferente da clássica concepção de *potestas*, acenta em uma legitimidade democrática processual, afiguradas na colaboração reativa³⁹ uma governança processual das partes em um jogo dialético-dialogal.

Por este norte, a *auctoritas* resta delimitada pela *potestas*, de modo que a criação do direito acaba justificada pela fundamentação da decisão. Para que ocorra uma plena legitimação

³⁹A administração da justiça torna-se a *potestas* que legitima a *auctoritas* judicial, que se expressa pela criação do direito. A administração da justiça se dá pela colaboração reativa, cunhada por OST: No se trata solamente de la pacificación provisional que deriva de un arreglo impuesto por la ley del más fuerte, sino también una armonía restablecida a partir del hecho de que se ha producido un reconocimiento mutuo: cada uno de los protagonistas, cualquiera que sea el tipo de acción que lleve a cabo, ha de poder admitir que la sentencia no es un acto de violencia, sino de reconocimiento de los respectivos puntos de vista. En este nivel, ascendemos a una concepción superior de la sociedad: no ya solo un sistema de distribución de bienes, sinónimo de justicia distributiva; sino la sociedad como esquema de cooperación: mediante la distribución, pero más allá de la misma, mediante el procedimiento, pero más allá del mismo, se deja entrever algo así como un «bien común» que, precisamente, hace de vínculo social. Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social». No se trata solamente de la pacificación provisional Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social» [...]. Un bien paradójicamente hecho de valores que eminentemente se pueden compartir. En este punto, la dimensión comunitaria ha tomado el relevo de la dimensión procedimental incapaz por sí misma de conjurar la violencia. Podríamos evocar aquí el ejemplo sud-africano de las comisiones de Verdad y Reconciliación, que «más que juzgar la historia, intenta aligerarla de la semilla del resentimiento que guarda en sus flancos y que puede hacer que se repita». Estos procedimientos, que son calificados como ejercicios de justicia «reconstructiva» o mejor «transicional», tratan sin duda de proteger la memoria y los derechos de las víctimas, pero también y, sobre todo, de garantizar aquellas condiciones que vendrían a constituirse en una especie de conjuro para evitar el retorno del pasado. En resumen, la distribución judicial es a un mismo tiempo tanto la adjudicación de unos bienes (que nos separan), como lo que nos hace ser parte de la misma sociedad, esto es, aquello que nos acerca. De esa distribución surge una propiedad emergente que es más importante que la parte que se le ha conferido a cada uno; tal es la armonía re-establecida, la cooperación reactivada. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.42-43)

da *auctoritas* junto a função judicial, esta vem acompanhada da legitimação sociopolítica na fundamentação da decisão judicial (*ius facere*), diferente do que é até então posto como processo, cuja decisão judicial necessita – para ser legítima – ser devidamente motivada, encontrando sempre no controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tão somente, a égide da validade ou não de uma lei.

O direito subjetivo posiciona-se em uma dinâmica processual que impulsiona a gênese do direito com o direito objetivo processual a ser desvelado junto ao fenômeno conflitológico de interesses pela compreensão hermenêutica. O poder antes polarizado hierarquicamente desvanece ao poder em horizontalidade posto pela colaboração reativa das partes e é incidente de uma função jurisdicional reenquadrada pela administração da justiça, despolariza-se o poder de cima e é manifestado o poder político pelos cidadãos ativos de uma democracia plural e aberta. Depreende-se da norma geral e abstrata para caminhar a desvelante norma individual acertando-se em um *ius facere* pela legitimidade democrática processual concretizando-se pelo direito objetivo processual garantido pela fundamentação da decisão. A dinâmica processual estabelece uma dialética e um diálogo profícuo em uma governança das partes por uma colaboração reativa, apresentando um desvelamento do fenômeno e demarcando uma nova gênese ao direito pelo Processo – o direito acertado pela função jurisdicional na compreensão hermenêutica revela o direito como adaptação existencial.

A Jurisdição somente se afigura na *autoridade* legitimada-regulada para manifestar decisão adaptativa existencial reconhecendo nela a sociabilidade humana do ser pela democracia participativa das partes – cidadãos ativos, o Processo Judicial deve assim ser tido como direito – a vocação Processual dos nossos tempos consegue manifestar e evidenciar as novas tessituras do direito. Produz o Processo uma ampla contradogmática, de modo que a fusão foi relevante para que se supere a estrila legalidade com a aplicação da lei pela compreensão hermenêutica legitimada pela emancipação do cidadão como cidadão ativo.

No que toca ao título “*Da superação da Motivação da Decisão (aplicação) para a ideia de Fundamentação da Decisão (compreensão hermenêutica)*” (4.2.1), busca-se denotar que o *ius dicere* fecha a decisão judicial na congruência processual, que se expressa na motivação judicial, fruto da simples incidência da norma aos fatos, atrelado à *estática do direito*. A fundamentação judicial por seu turno, seria o reflexo de um espaço de *dinamicidade processual* e acaba rompendo com o rigorismo metodológico processual.

Motivação (*ius dicere*) é o aspecto da congruência processual, é a incidência da norma aos fatos, é a qualidade jurídica, o artigo de lei. A fundamentação (*ius facere*), por sua vez, é a possibilidade de ir além, pois é matéria de direito que consiste no *obter dicta*, e com isso

podendo realizar gênese criativa do direito que é basilada pelo *iura novit curia*. Portanto, o *ius dicere* é tipicamente o reflexo da declaração da lei pelo juiz, devendo este aderir em seu *decisium* - ou sua *ratio decidendi* : a motivação constitui o signo mais importante e típico da racionalização da função jurisdicional. Se apregoada a decisão na motivação ela é o que representa a figura do juiz como mera boca da lei – apregoado a rígida congruência -, porém, no tocante à fundamentação, está via perpassa o anacronismo estático da lei, e justifica-se em um jogo dialético-dialogal desvelador do fenômeno conflitual – manifesta-se assim pela incongruência e pela flexibilização da congruência e tem como base o *iura novit curia*. O Processo é a gênese do direito, e é com as decisões baseadas na fundamentação que vem a operar o *iura novit curia*; a decisão perpassa os limites legais e é tida como possibilidade ao direito, possibilidade essa que tem um debate acerca do fenômeno conflitual aderido de uma colaboração reativa.

A partir do espaço de fundamentação da decisão judícia, a compreensão hermenêutica opera novos horizontes ao direito e, com isso, acaba causando a ruptura com o princípio da congruência, expressado no título “*A Função Jurisdicional operativamente concretizada pela compreensão Hermenêutica*” (5.2.2.1). A compreensão hermenêutica incide junto à desconstrução de dogmas exegéticos firmados em lei – texto - pelo fenômeno conflitual – contexto -, que é gênese do Direito. Com a função jurisdicional ocorre a compreensão hermenêutica do fenômeno conflitual que, ganhando processualidade, é desvelado interpretativamente em sua textualidade e contextualidade: é esta a arte do direito (também do processo). A função jurisdicional é centrada na atividade do Estado-Juiz criar o direito (*ius facere*) interpretando a norma e fazendo novo texto, e por esta razão ganha espaço na decisão no que toca à fundamentação, e não no que toca à motivação (congruência processual).

As novas construções teóricas de Estado apresentam um ambiente a proporcionar funções ativas responsiva de seus órgãos, criando o ambiente de um Judiciário ativo-responsivo, sendo que uma das consequências fundamentais desta nova concepção assenta na necessidade de um procedimento célere, refletido na mutação do tradicional papel do juiz de terceiro imparcial e distante à um juiz interveniente dinamicamente ativo-responsivo na gestão do conflito. Propõe-se uma Ciência Indutiva pela qual o fenômeno conflitológico de interesses passa a ser um sem número de possibilidades ao direito e onde a politização da existência é via de possibilidades ao processo.

A importância da fundamentação consubstancia-se na obrigação do juiz justificar suas decisões com base na dinamicidade processual. A dinamicidade, em um primeiro momento, visa a garantir aos cidadãos ativos a governança processual em colaboração reativa,

possibilitado pelos princípios do dispositivo e do contraditório; já em um segundo momento essa governança permeia os objetos (objeto do processo e o objeto do debate processual), criando assim um amplo jogo dialético-dialogal entre as partes e assegurando o debate. O processo inicia-se, desse modo, estaticamente, com o objeto do processo, e se dinamiza com o objeto do debate processual, dinamicidade esta que transforma muitas das questões trazidas, operando a mutabilidade das pretensões e projetando na flexibilização da congruência e na incongruência, sendo que ambas são legitimadas por essa dinamicidade processual. Ao fim dinamização do direito é concretizada como decisão via compreensão hermenêutica. Denota-se assim elementos que ampliam a interpretação do fenômeno na superação do positivismo e da dogmática, dado que o direito está em todas as relações intersubjetivas humanas e antecede o direito positivo. A fundamentação, introjetada na construção da decisão, configura a criação normativa individual a partir do conflito e, acima de tudo, legítima (democraticamente) o procedimento eis que fruto da responsabilidade social do juiz para com a sociedade.

Com o *ius facere*, o juiz passa a possuir responsabilidade sociopolítica na sociedade, reflexo do modelo de Estado Ativo-Responsivo, o que é exposto no título “*Responsabilidade Sociopolítica do Estado-Juiz e seus Reflexos na Legitimidade Democrática Processual*” (4.3). No subcapítulo, buscar-se-á demonstrar que a responsabilidade é inerente ao dever de criar democraticamente as decisões judiciais (seja tratando-se de situações nas quais o direito subjetivo protege, como em situações as quais a lei não abrange o interesse reclamado) por meio e via processo, pois as Esferas do Poder de um Estado Ativo-Responsivo preocupam-se e objetivam às complexidades humanas. Por isto, mesmo que a decisão judicial conecte-se com a tutela de um interesse desprotegido, o qual pode estar em uma zona não abrangida pela norma, não devendo, fundamentado na ausência de regulamentação legal, o Estado-Juiz se esquivar, pois possui o dever de hierarquizar os interesses sociais, criando o direito pela *auctoritas* legitimado pela *potestas*, fundamentada na colaboração reativa (governança processual das partes), a partir da dinâmica processual: transforma o conflito em direito. Assim, o ofício do juiz de um fato jurídico (*ius dicere*) é uma função normativa, enquanto o ofício do juiz (*ius facere*) junto ao ato jurídico é uma função de controle e administração da justiça.

A função jurisdicional construída pelo Estado (meramente) Reativo e até hoje refletida nas teorias processuais, com a estrita finalidade de pôr fim ao litígio com a resolução do mérito (formado com o objeto do processo e com o objeto do debate processual) ou sem mérito, que é garantido a função em um sentido rígido e *pandectista*, onde se dimensiona a atividade jurisdicional no *ius dicere*, aprisionado ao julgamento a subsunção à lei. Na atualidade, o direito não mais se aprisiona a ao mérito como lei, a episteme constitucional ampliou suas

possibilidades e acertam-se essas premissas em um modelo de Estado Ativo-Responsivo, que adquire jurisdicionalmente legitimidade democrática processual com suas decisões junto ao processo, reflexo da responsabilidade sociopolítica para com a sociedade.

Da Jurisdição ao Processo é a demarcação de passagem da Jurisdição como vocação de nossos tempos ao Processo como vocação, o que ocorre pelos efeitos do Ativismo Judicial, que antes demarcava a politização pelo direito na atividade de julgar. Propõe-se, desse modo, que a centralidade política é manifestada ao Processo, pois a governança processual é das partes e é constituída e desenvolvida em uma dialética reflexiva, balizando a atividade do julgador e dimensionando ao desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses. Esse acerto da Jurisdição ao Processo acaba oportunizando que pela dinamicidade processual venha gear o efeito jurisdicional de uma legitimidade democrática processual.

No capítulo II, denominado “*Processo e a Democracia Participativa: a dinâmica Processual efetivadora da compreensão hermenêutica*”, busca-se explicar como a dinâmica processual pode servir de gênese ao direito, o que consiste em um novo sentido a ser dotado à dinâmica processual através de uma – necessária - reestruturação do processo. Isso porque não é possível somente discorrer e afirmar que o processo *deve criar direito*, sem antes desvelar *como* o processo poderá servir para a criação do direito. Passa-se de uma visão externa ao processo, procedida no capítulo I, para uma visão interna do processo, presente no capítulo II.

Que fenômenos podem ser levados ao Judiciário? Quais fenômenos não podem ser levados ao Judiciário? A Onda Renovatória da Ciência Processual acaba absorvendo os reflexos da mundanidade, pois o fenômeno reflexo da existência acaba absorvendo o conflito como inato a existência (não só a morte apresenta o caminho ao bosque, mas esse caminho é sinuoso e apresenta o conflito que expõe a existência ao ser). Essa existência rompe com a ciência apregoadada ao dedutivismo formulado com o Paradigma Científico Cartesiano-matemático, que produz um mundo de certezas e dedutivismos lógicos. A proposta de onda renovatória nasce do mundo envolto a incertezas, complexidades as quais devem ser aderidas pela ciência hodierna. Que o direito é fundamental para manutenção da ordem social e política, trata-se de um argumento já superado; o que resta a ser superado é a concepção de que não é a lei que melhor catalisa as existencialidades humanas, mas sim o processo por meio de sua dinâmica.

A dinamicidade processual é exposta no Capítulo II em quatro momentos fundamentais: o primeiro momento dá-se quanto ao princípio dispositivo e ao princípio do contraditório, “*Da Ressignificação do Princípio Dispositivo <Constitucionalizado> e sua ampliação dos horizontes pelo Contraditório: do fenômeno conflitológico de interesses como gênese Processual para a criação do Direito*” (2) e “*Da Ressignificação do Princípio Contraditório:*

superação do formalismo pelo caráter substancial da constitucionalização do direito” (3), cujos títulos buscam demonstrar que ambos os princípios processuais são aderidos pelo sentido constitucional e são ressignificados para que a governabilidade processual seja determinada pelas partes em colaboração reativa; o segundo momento dá-se quanto ao objeto do processo “*Da Estática e da Dinâmica dos Objetos: do Objeto do Processo (mérito) ao Objeto do Debate Processual (lide)*” (4) que busca demonstrar que o objeto do processo (mérito, pretensão) poderá ser tanto um direito subjetivo (=lei, objeto do processo formal), como uma situação jurídica subjetiva⁴⁰ (diferente de lei, objeto do processo substancial), e ambos os tipos de objeto do processo são redimensionados pela lide, o objeto do debate processual; o terceiro momento dá-se quanto ao princípio da congruência processual “*Princípio da Congruência: Flexibilização da Congruência e Incongruência: da discricionariedade e da arbitrariedade como seus núcleos de sentido*” (5), responsável, classicamente, por delimitar a decisão judicial ao objeto do processo e ao objeto do debate, culminando na criação dos termos *discricionariedade e arbitrariedade*, vistos, pelo senso comum, como nocivos. No título, demonstrar-se-á que a criação judicial do direito importa, necessariamente, a flexibilização da congruência processual e a incongruência processual; Por fim, o quarto momento dá-se quando ao princípio *iura novit curia*, “*O Princípio Iura Novit Curia como Legitimador do Processo como gênese do Direito: por um Direito Objetivo processual*” (6) princípio encarado classicamente como uma *faculdade processual* concedida e reconhecida na figura do juiz para este determinar o direito ao caso concreto, estando conectado, no processo, somente aos fatos das partes, mas não no direito exposto por estas. A visão tradicional do *iura novit curia*, nos termos exposto, efetua a nociva separação entre fato e direito, de modo que buscar-se-á, no tópico, descrever a impossibilidade de cisão entre fato e direito e considerar o *iura novit curia* não como uma mera faculdade do julgador, mas como sempre presente, pois o *ius facere* considera que toda decisão judicial é criação de direito, exposta na fundamentação judicial.

No título denominado “*Da Jurisdição ao Processo Civil: Direito, Complexidade e Democracia*” (1) procurou marcar-se a presença da política junto ao processo e a expansão da atividade jurisdicional como democratização da democracia, o que implica na criação da norma

⁴⁰L’*enunciato di cui in questo studio, cercheremo di valutare la attuale, generale tenuta consiste nell’affermazione per cui l’oggetto (o, quantomeno, l’oggetto di merito) del processo di cognizione deve essere identificato con la situazione giuridica soggettiva di cui l’attore si afferma titolare (sulla base di una ipotesi di qualificazione giuridica) e per la quale chiede tutela a seguito di una asserita lesione imputabile al convenuto. Ad essere dedotto in giudizio, dunque, è il diritto soggettivo, o più in generale, una situazione giuridica soggettiva attiva che si caratterizza per il fatto di consentire al titolare l’iniziativa giurisdizionale, facoltà, quest’ultima, invece, non sussistente quando non si è in presenza de una situazione di tal fatta. (D’ALESSANDRO, Elena. **L’oggetto del Giudizio di Cognizione.** Tra Crisi delle Categorie del Diritto Civile e Evoluzione del Diritto Processuale. Torino: Giapichelli Editore, 2016. P. 18-19)*

individual. A verdade é que o processo serve ao direito e o direito serve ao processo, nos termos de Carnelutti.⁴¹ Dada essa máxima, se é verdade que o direito *também* é feito mediante o processo, o processo também se faz mediante o direito – é uma atividade totalmente regulada pelo direito. O direito não provém somente do que é Lei, pois Lei representa fragmentos estáticos de textos e de sentidos que se tornam sem-sentidos por não alcançarem à velocidade das complexidades do existir. O processo representa, desta maneira, uma dinamicidade que tem como cerne complexidades e expressões sociais não alcançadas pela norma. No subcapítulo “*Processo e Democracia*” (1.2) busca-se mostrar que a revitalização do conceito de administração da justiça baseada na colaboração reativa marca uma nova visão sobre o direito, que passa a ser construído e desvelado a partir da sociedade, superando o direito apenas como democracia representativa.

Processo, Democracia e Complexidade, desta forma, demonstram que o *ser* imerso em um sem número de novas complexidades, exige, para que possa haver convivência, de um direito que tenha como cerne uma adaptação existencial das animalidades humanas, o que só pode ser alcançada ao se possibilitar que sejam desveladas expressões do existir que superem a Lei. O Legislativo é falho, inconsistente e mergulha na lama da corrupção, exige assim do Processo uma dinâmica, o qual absorva a dinamicidade dos fenômenos e utilize-a em sua função e estrutura para atender essas complexidades humanas. A democracia é uma prática política de produção de sentido, pois a nível de imaginário social, a democracia não possui o seu sentido definido. Uma determinada forma de sociedade, nesse sentido, é democrática na medida que existe nela um número significativo de espaços onde possam respirar os desejos desclassificados pelos sistemas simbólicos sancionados; onde possam realizar-se um número indefinido de operações tendentes à libertação e transformação da linguagem, que fundamenta a heteronomia simbólica. A natureza conflitiva humana exaspera esse núcleo sempre em constante movimento do social.

Desse modo, nem o legislador pode deixar de sentir-se interpelado a responder as diversas demandas sociais e nem essa resposta poderia, dada a generalidade existente na lei, prescindir de passar pela interpretação judicial. Também, existe, paralelamente, múltiplos casos abertos e conflitivos que não são possíveis de serem abordados pelo legislativo, que se move, muitas vezes, por interesses políticos maiores. O caráter pluralista das sociedades, com forte marca ético-política, religiosa e política, não se acomoda tranquilamente às colocações postas

⁴¹CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 27

pelo legislativo, o que cria na atualidade uma nova atmosfera na jurisdição, pois esta se vê, frente à responsabilidade sócio-política.

Em um primeiro momento, conforme visto, a expansão da jurisdição e do ativismo judicial foi necessária para quebrar hegemonias do Estado na produção de leis. Já em um segundo momento, em um Estado onde é garantida mais meios de voz ao ser, necessário uma ressignificação dos canais de catalização dos conflitos sociais.

A superação da Democracia estritamente *representativa* - forma de Estado que se propõe criticar - é possível através de uma nova visão e percepção dos movimentos da sociedade, de seus encontros e desencontros, estando o direito, o processo e, junto ao último, a sua razão de ser: o *conflito*. Para tal efetivação, necessário a outorga ao cidadão dos meios para exercer voz. Aqui, fala-se do Poder Judiciário, por meio do Processo: a superação de uma Democracia sem os pressupostos básicos para o exercício da cidadania, ocorre de mãos dadas ao Processo, na medida em que reconhece em seu texto espaço *legítimo*, dotado de um procedimento *legítimo* inserido na estrutura do Judiciário para que o cidadão ganhe voz. São as mais distintas diferenciações culturais no que tangem ao Processo, mas apresentam uma função que tem em comum, qual seja, a adaptação social destinada, com o julgamento que tem o resultado fulcral de assegurar a adaptação existencial do vínculo social. Esta função é universal, atravessando fronteiras, mesmo que sua implementação possa apresentar singularidades de um país para outro.

A democratização da democracia acaba permitindo, pela episteme Constitucional do Direito, uma ampla ressignificação do princípio dispositivo e do princípio contraditório (2). O princípio dispositivo (2.1 e 2.2) surge como possibilidade de subtração dos poderes inquisitoriais do Estado-Juiz estabelecendo severas restrições às atividades do juiz junto ao processo. Com a passagem do princípio inquisitorial para o princípio dispositivo a ciência processual dos Estados ocidentais redesenharam sua forma institucional de processos formais, que passaram assim a resolver os problemas causados pelos fenômenos conflituais na sociedade a partir de uma valoração do conflito em seus aspectos objetivamente possíveis; ou, melhor explicitado, acostados em uma Ciência Jurídica dedutiva, resolvendo o caso-problema por meio de regras formalmente incluídas na Legislação e na jurisprudência, desde o império da lei. Nesse sentido, não pode o juiz modificar as partes, as qualidades, a causa, o objeto do processo, sendo que sua decisão deve ser motivada devidamente a partir do objeto do processo. Cabe ao juiz realizar a subsunção da norma aos fatos e aplicar o direito.

O sujeito posto em sua capacidade reflexiva, balanceia o espírito subjetivo de seu ser e a intersubjetividade necessária para a coesão social, estando pleno para o exercício e deve a

democracia outorgar os meios necessários para reconhecer-se como singular – por sua subjetividade reflexiva – e como plural – intersubjetividade; como aquele que faz a diferença por meio de suas ações possibilitadas de serem sentidas socialmente pelos mecanismos politicamente reconhecidos. A concepção individual e egoísta, herança da ordem liberal, ainda está arraigada na sociedade, impondo discursos que dirigem o direito para um sentido oposto ao espírito democrático. A democracia em constante mutação, transformação e superação, perpassa qualquer resquício de estática ao reconhecer no ser a fonte dessa transformação e o conflito fenomenológico de interesses como parte *natural* da compreensão, indo além de qualquer resquício de totalitarismo utópico que, por sua vez, prega a harmonização social por via do Estado e relaciona o conflito de forma negativa como parte da irracionalidade humana⁴², longe *banalização do mal*, mas sim o natural desvelar do ser-posto-ao-mundo.

O princípio dispositivo constitucionalizado (2.3) em um Estado Ativo-Responsivo tem as funções processuais das partes redimensionada na colaboração reativa, pelo qual o princípio dispositivo continua a ser uma expressão da autonomia das partes junto ao processo, não como limitadores da decisão judicial a partir da limitação ao objeto do processo e do debate processual, mas como expressão da governança processual na abertura de horizontes do caso-problema (fenômeno).

Por esta via, a ordem pública passa a absorver as complexidades sociais e reconhecê-las, possibilitando um acertamento adaptativo existencial que é produzido pelos interesses manifestados pela ordem privada. A governabilidade das partes é o aspecto relevante as funções processuais, pois o juiz passa a ser parte com mesmo nível de equiparação com os demais envolvidos no Processo. O princípio dispositivo constitucional é altamente relevante para se explicitar projeções jurídicas postas a autonomia privada manifestada frente ao objeto do processo formal e substancial e pelo objeto do debate processual, participando da decisão judicial e também controlando a decisão judicial (fusão *auctoritas* e *potestas*), superando a visão inter-partes do processo, pois a decisão possui efeito *erga omnes*. Este controle passa a ter profunda importância e essas manifestações de vontade representadas juridicamente junto ao direito de agir e de reagir tem na dialeticidade produzida pelo jogo dialético-dialogal processual amplo espaço para projeções da atividade judicial.

⁴²Tradicionalmente a doutrina se ocupa de considerar os objetivos do direito como “coesão social” e “paz social”, o que manifesta maneiras de se desconsiderar os fenômenos conflituológicos de interesse e sua importância, pois negam as manifestações conflituosas na sociedade em busca de uma (utópica) construção pacífica a partir da natureza humana que tem em seu núcleo na inerente e circunstancial bondade e maldade. Na ora tese afirma-se a existência da adaptação existencial do direito, pois esta busca acompanhar as expressões várias do humano no decorrer da história, aceitando a sua interna e complexa composição – impossível de ser racionalizada ou posta a uma solidariedade inerente.

No mesmo sentido, o princípio do contraditório constitucionalizado (3.1) cria o necessário espaço democrático para o exercício da governança no processo pela dialética processual. A proposta, assim, é a *circularidade construtiva do diálogo-dialético* por via de um jogo de linguagem de *perguntas e respostas* para que coexistam pacificamente a Democracia Participativa e a Representativa, com o fim de desconstruir os efeitos negativos uma da outra. Dessa forma, tem-se como foco defender e traçar a relação entre o Novo Código de Processo Civil e a Democracia Participativa como afirmação do sujeito reflexivo (cidadão ativo) por via das novas possibilidades Processuais.

O contraditório constitucionalizado junto ao princípio dispositivo ressignificado dissolvem a cisão entre fato e direito no processo pelo fenômeno conflitual absorvido pela compreensão hermenêutica, pois os fenômenos contextuais passam a possibilitar a criação do direito, assim garantindo o desvelar do fenômeno pelo processo. Ocorre uma ampliação da interpretação pela compreensão hermenêutica, criando uma *contradogmática*, pela reflexão aportada por uma dinâmica processual conquistada pelo direito objetivo processual, que visa superar a estática fundada com o legalismo exegético produzidas pelos textos legais. As interpretações voltadas ao fenômeno conflitológicos de interesse visam atingir os contextos complexos produzidos pelas interações sociais, individuais e políticas, fazendo com que se repense a lei e fazendo do Processo a gênese do direito, o qual revela-se via revoluções silenciosas e não violentas produzidas como meios adaptativos existenciais, tem assim uma ampla tentativa de superar o formalismo jurídico

Com a constitucionalização do direito, é importante reestruturar a dimensão das clássicas formas do processo, principalmente no que toca à participação democrática, e para que isso ocorra é necessário desvelar os dogmas tradicionalmente aceitos e propagados junto ao Processo, pois, conforme colocado no trabalho, o processo é a gênese do direito em uma Democracia, passando a existir *ius* com o direito objetivo processual.

No que toca ao Objeto do Processo (4), foi necessário cindir, inicialmente, o objeto do processo em formal (4.1) e substancial (4.2). No título anterior, ficou claro que a reestruturação dos princípios do contraditório e do dispositivo abrem espaço para novos contornos para a devida compreensão do processo como gênese do direito. O objeto do processo, compreendido como o fenômeno trazido ao processo para ser desvelado, considerado como fenômeno conflitológico de interesses, perpassa o direito somente como lei, e passa também a ser considerado fenômeno aquelas expressões do existir que não estão dogmatizadas.

Desse modo, compreende-se como objeto do processo formal os direitos subjetivos como lei e, de outro lado, como objeto do processo substancial, aqueles fenômenos não

subjetivados como lei, mas que por essa razão não deixam de ser importantes ao direito, pois, conforme visto, o direito preexiste à lei.

Assim, para demonstrar a defesa dessa nova ideia, acima exposta, ao tratar do objeto do processo considerar-se-á, inicialmente, o objeto do processo *formal* como representação da tutela de direito garantida pelo sistema judiciário vinculada ao direito subjetivo. De outro lado, considerar-se-á o objeto do processo *substancial* como representação da tutela de direito garantida pelo sistema judiciário vinculado à situação jurídica subjetiva – deduzindo pretensões substanciais/regulativas na *causa petendi*, podendo dela surgir um sem número de possibilidades e ainda pode ser possibilitada a entrada da pluralidade das complexidades sociais.

Os objetos do processo revelam ser no processo o ponto onde é possível desvelar o sem número de possibilidades do direito, consubstanciados no direito fundamental à petição, por isso representam ponto fulcral para a expressão democrática do direito: a) primeiro porque o objeto do processo pode ser tanto formal como substancial, passando a aderir aos fenômenos conflitológicos de interesse pelo processo para tornarem-se direito; b) segundo porque o objeto do debate processual permite o desvelamento do fenômeno pela ação e reação, posto sobre a ideia de colaboração reativa, responsável por considerar os litigantes e o juiz como partes no processo; c) terceiro porque a dinâmica processual permite que o objeto do processo seja compreendido hermeneuticamente, ampliando os resquícios de uma sociedade calcada no direito como lei e dando possibilidade para que ocorra o reconhecimento de interesses que ultrapassam a dogmática serem reconhecidos como direito; d) porque compreendendo o nível de complexidade do objeto do processo (substancial ou formal), bem como levando em consideração a relevância social do tema⁴³, é possível respeitar as garantias constitucionais da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art.5º, LXXVIII CF) a partir das considerações do fenômeno trazido como objeto. Denota-se que, paralelo a isso, as reformas da lei processual muito frisam o prazo razoável para prestação de tutela ao interesse, o que irrupciona o exacerbamento da *eficiência* e da *satisfatividade jurisdicional*, desconsiderando a complexidade do objeto do processo, fazendo com que o

⁴³A relevância social conecta-se com a *projeção do processo para fora do processo*. São casos onde o legislativo não absorve em razão da relevância política do tema, causando uma morosidade intencional para evitar a discussão do tema: ¿Cuando es el rostro anónimo de la economía quien marca los rasgos del mundo global, cuando se insiste en el hecho de que los mercados «votan» y las instituciones financieras «juzgan», y se apropian, en consecuencia, de funciones que pertenecen a la democracia y parecen reducir todos los derechos a su medida? ¿Cuando la tecnología nos lleva hacia las fronteras del pos-humano y nos pregunta si pueden sobrevivir unos derechos, no casualmente definidos, incluso en el lenguaje jurídico, como «humanos»? (RODOTÁ, Stefano. **El Derecho a Tener Derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P.49)

Judiciário emita decisões em descompasso com a existência, sem o devido respeito aos direitos fundamentais e sobre as bases de uma filosofia iluminista.

Disto se tem que os objetos do processo promovem a abertura de novos horizontes ao direito e efetuam a democratização da democracia, uma vez que o cidadão encontra local onde poderá estabilizar suas pretensões – que estão em descompasso - pela devida tutela ao direito. Posteriormente, buscar-se-á explanar que o objeto do debate processual (4.3), momento da lide processual, onde o processo já está angularizado, é maior do que o objeto do processo, e por esta razão importa que o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses seja mais amplo que o objeto do processo, importando nisso que a decisão judicial é fruto de uma compreensão hermenêutica que encontra na compreensão operada na fundamentação e na responsabilidade sócio-política do julgador o fundamento da criação do direito (*ius facere*).

A centralidade na jurisdição não é capaz mais de responder à democracia atual. O ativismo judicial em sua velha fórmula (foco extremado no julgador) por um lado, era capaz de ampliar o direito subjetivo no tocante ao objeto do debate processual e ultrapassar os limites do estrito legalismo dogmático e estático; *porém, de outro lado, a sociedade sofre as consequências das decisões jurisdicionais apregoadas à filosofia da consciência do julgador. Não há mais espaço para essa antiga fórmula.*

A teoria clássica da Ciência Processual incide junto à diferença existente ente *mérito* (objeto do processo - é a questão de direito que gera a congruência na motivação da decisão judicial) e a *lide* (objeto do debate processual - são as questões de fato, aqui opera a fundamentação), porém o fenômeno conflitológico de interesses (ou, o fenômeno conflitual) exerce uma fusão de horizonte no tocante ao jogo dialético-dialogal processual, rompendo com a rígida formação do objeto processual formal, na medida em que pode ser formulado por pretensões por uma absorção normativa dos fenômenos sociais que emergem no cunho social com enorme complexidade. Isso dimensiona-se em pretensões subjetivas, as quais aderem um plano interpretativo hermenêutico, pois faz-se com que possibilidade um direito novo. Como visto no ponto acima, pretensão é sinônimo de *mérito* – conteúdo este do objeto do processo – que pode ser formal ou substancial (pretensão subjetiva), e serve de base a *lide*, sendo a lide sinônimo de objeto do debate processual.

A partir de uma ressignificação do processo, a discussão política no judiciário pode ser muito mais democrática, pois o juiz pode administrar a concorrência de interesses nos termos em que são fixados pela legislação ou por fenômenos que superam a representatividade da Lei. Isto pode explicar por que certas organizações de interesses (ambientais, de consumidores, ético-religiosas, etc.), que tratam em tutelar aquilo que é decantado como valor negocial da

política - e, são eles portanto pouco propensos a tratativa negocial da política representativa - preferem a via judiciária em uma democracia participativa do que aquela representativa.

No seguinte ponto, explanar-se-á acerca do princípio da congruência processual “*O Princípio da Congruência: flexibilização da congruência e incongruência*”(5), responsável por aderir ao princípio dispositivo a máxima de delimitar o processo e a decisão judicial ao objeto do processo, impedindo assim que o processo seja redimensionado pelo objeto do debate processual e limitando a atuação criativa do juiz, o qual está, necessariamente, conectado ao objeto do processo, devendo efetuar a subsunção norma e fato (apenas). Uma decisão judicial é congruente quando se limita a aplicar o direito. A congruência é, no processo, certamente, a *marca do paradigma cartesiano*, pois reflete a necessidade de segurança jurídica entre o que foi proposto no mérito como reflexo da decisão – e nada a mais – ignorado a potencialidade do processo como gênese do direito. Sem uma possibilidade criadora de direito pelo processo ficasse na alienação de um mundo dos objetos e das aparências.

Desse modo, muita confusão se tem quanto à acepção sobre a discricionariedade e quanto à arbitrariedade, mas ambas são aceitas se operadas na compreensão hermenêutica. Ressalta-se que se admite ambas em um sentido positivo (este que aqui se busca construir), pois não se aceita o sentido negativo, isto é, quando é apregoado a discricionariedade e arbitrariedade à filosofia da consciência e ao senso comum, voltando-se ambas ao solipsismo. O direito é um empreendimento político, onde as decisões jurídicas devem tornar prevalentes os direitos políticos democráticos-participativos, desta feita, não é apenas um sistema de regras. Isto posto, a congruência processual é revista pela onda renovatória do processo quando se adere às (polêmicas) ideias de *discricionariedade* e *arbitrariedade* como, sucessivamente, flexibilização da congruência processual e incongruência processual que não delimitam a decisão judicial ao *ius dicere* ou à *potestas* em seu sentido clássico - formalista.

No que toca ao *iura novit curia* (6), que é sinônimo de “*da mihi factum dabo tibi ius*” (dê-me os fatos que eu te darei o direito), cujo sentido é de que o juiz conhece o direito mais do que as partes, estando, no processo, atido somente aos fatos trazidos pelo objeto do processo, critica-se a antiga fórmula do brocardo, responsável por cingir fatos e direito. O aforismo vem tendo seu conceito alterado e adequado à filosofia da época, desde o direito romano, passando pela idade média até chegar na contemporaneidade, onde se começa a questionar, novamente, sua função e seus aspectos com as Constituições e com o ativismo judicial. Ambos estão postos sobre uma verdadeira ficção: no caso do legislador racional, permite perpetuar a estrita separação de poderes bem como permite seja sustentada a existência de um juiz profissional e sem poder criativo, que se limita a aplicar as soluções normativas proporcionada pelos órgãos

legislativos. O aforismo, assim, desempenha uma importante função ideológica, ignorando a possibilidade da compreensão hermenêutica, pois cinge questão de fato e questão de direito.

Por isso, através da crítica feita à teoria do fato jurídico é possível ressignificar o *iura novit curia* como ativismo judicial no processo civil, na medida em que não é a subsunção entre lei e fato que dará ensejo e legitimação à decisão judicial, mas sim a fundamentação do processo, pela qual o juiz poderá criar direito, *pois o juiz é quem conhece o direito* – que preexiste antes da lei – legitimando assim o direito objetivo processual.

O *iura*, pela visão que buscará se expor, quando é posto na dinâmica processual que a ora Tese delineia, serve de canal para a criação do direito objetivo processual, sendo que, em sua formula, será extirpada a cisão entre fato e direito, permitindo a criação pela fundamentação. O ativismo judicial defendido, conforme já restou exposto até esta etapa do trabalho, não é o ativismo judicial cujo centro está na jurisdição, mas sim o ativismo judicial – decisão politizada – que é legitimada pelo processo civil, pela governança processual das partes e pela dinamicidade que o processo adere para a formação e construção do direito objetivo processualizado. Desse modo, supera-se o império do juiz como protagonista ao império dos cidadãos ativos. Por este modelo de ativismo, ocorre superação da aplicação pela compreensão hermenêutica que encontra guarida junto a fundamentação e a responsabilidade sócio-política do juiz, desvelando assim o fenômeno é por conseguinte criando direito não pelas convicções pessoais subjetivas ou políticas do juiz, mas sim pela centralidade política de um processo democrático.

Inexiste distinção entre fato e direito, pois o direito somente é criado a partir do processo. A criação do direito se dá pelos fatos da vida – fenômenos conflitológicos de interesse- (*ex facto óritur ius*), e não pelos fatos postos pelo legislador (6.2). Nesse sentido, a aderência à governança processual faz com que o fato se crie a partir do desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses, por uma colaboração reativa entre as partes no processo. Ocorre sob efeito do fenômeno conflitológico a fusão de horizontes entre questões de fato e de direito, distinguindo-as e sob efeito da interpretação reconstituindo e acertando o fenômeno a existência humana para romper o dogmatismo e possibilitar o contradogmatismo revolucionário, acertando na adaptação existencial alcançar sua legitimidade democrática processual com a fundamentação das decisões, sendo ela o ápice dos horizontes reflexionados junto a fundamentação da decisão que é legitimada pela administração da justiça, fusão que amplia os horizontes formativos da gênese do Direito.

Frente à massificação da justiça, exposta pela juridicização da vida, o surgimento de direitos humanos, a constitucionalização do direito, à complexidade social, o absurdo

metodológico de buscar subsumir todos os fenômenos da vida como fatos jurídicos estáticos, reflete tudo isto em um injusto cenário: um sem número de fenômenos cuja tutela não efetivada pela impossibilidade de criação/interpretação do direito por parte do processo, ainda centrado em velhos paradigmas. Diferente do que se é posto pelo *iura novit curia*, entende-se que o brocardo deve ser entendido como “o juiz conhece os direitos” (direito objetivo), e não no sentido clássico “o juiz conhece o direito” (direito subjetivo); isto porque o verdadeiro significado do *iura novit curia* abarca tanto o direito objetivo como o subjetivo. Dentro das funções do juiz exige deste que interprete o direito e crie a norma para o caso concreto, uma vez que o direito não preexiste à decisão judicial.

Nesse sentido, o objeto do processo substancial e formal (estática do direito) e o objeto do debate processual (dinâmica do direito) servem para o desvelamento do fenômeno conflitual, superando o a cisão suporte fático (questão de fato) e norma (questão de direito): o fenômeno se desprende ao texto normativo e desfigura-se como contexto, acertando-se como norma individual ou, melhor, como gênese do direito objetivo processual.

No título denominado “*Direito Subjetivo e Direito Objetivo: a passagem para o direito objetivo Processual*” (7), aponta-se que o direito puramente subjetivo é o arquétipo legal que representa a limitação dos fenômenos da vida do direito como lei. O direito objetivo expressado pela lei, desse modo, procura abarcar os horizontes contextuais para extenuar as ilações fáticos-fenômênicas, exasperando a cisão de fato e direito. O direito subjetivo, ressalta-se, é realmente relevante, e segue um formação e desenvolvimento no que se constitui e se desvela com os objetos. O direito subjetivo é manifestado em uma tutela de direitos que se *amplia*, importante para a legitimação das novas possibilidades levantadas com a dinamicidade processual formada por um Processo Democrático. Ainda, a situação jurídica subjetiva serve de substrato para a aderência de novos fenômenos conflituais ao processo, criando-se texto. No sentido da onda renovatória do processo, soma-se à autoridade do Estado-Juiz – equiparada a do legislador -, pelo *ius facere*, a possibilidade de criação do *direito objetivo processual*.

O direito objetivo ressignificado em sua função e estrutura como direito objetivo processual responde aos efeitos da Constitucionalização do Direito e os da democratização da democracia, sendo o elemento central da passagem “da jurisdição ao processo”, por efeitos fundando em uma democracia desapegada da democracia representativa e estruturado em uma democracia participativa, politizando-se, e retirando da centralidade política a jurisdição. A discussão sobre a justiça da decisão que tomou tantas formas no decorrer do tempo, é, em realidade, um grande paradoxo, pois a justiça é assegurada implicitamente na decisão do juiz. Ocorre que a fragilidade de compreensão desse mecanismo faz com que se recorra a uma

justificação externa do julgamento: e é encontrado precisamente no processo de decisão: para poder legitimar a disposição judicial, antes de mais, é necessário que o julgamento seja processado por um terceiro imparcial, além disso, uma condição adicional deve ser satisfeita, ou seja, o processo correto do procedimento, o respeito pelo princípio contraditório o direito de defesa e a igualdade de armas entre as partes, o que garante a cada um deles um direito de influência sobre a formação da decisão judicial. A participação ativa das partes no processo é um elemento igualmente necessário. Assim são estas as regras orientadas pela esperança de fornecer uma ferramenta para a formação da decisão justa, justa em seu processamento, o que obviamente é muito melhor quanto mais o juiz é capaz de avaliar os pontos de vista opostos no diálogo com as partes. Essa justiça é a legitimação social e a condição de validade da decisão judicial sob o perfil jurídico.

O Processo para o Ativismo Judicial é o espaço de compreensão hermenêutica, superando as bases de *segurança jurídica* erigidas pelo racionalismo. A entrada do fenômeno ao Processo faz com que a filosofia prática opere ao desocultamento do texto e do contexto junto a hermenêutica filosófica, que busca em uma ontologia fundamental a desconstrução ou construção de um direito apregoado à existência junto ao ser-aí ou ao estar-aí. Com isso os operadores jurídicos voltados ao desvelamento dos fenômenos não só procuram a atividade de reprodução textual para validar o direito como lei, mas com o caso prático condicionado ao contexto gerador do fenômeno conflitológico de interesses acaba o juiz com a plena administração judicial ampliando o debate dialético dialogal oportunizado com o debate processual compreender hermeneuticamente o fenômeno para assim poder completar a sua função jurisdicional no ato de julgar, podendo assim criar direito legitimado pelo *iura novit curia*. O Direito Objetivo defendido é aquele que nasce em um momento estático com o objeto do processo e se desenvolve com o objeto do debate processual, junto ao objeto do debate processual, *locus* democrático, ocorrendo um jogo dialético-dialogal entre as partes no tocante a colaboração reativa que é incidente da construção de um cidadão ativo, emancipado a desvelar o fenômeno conflitológico de interesses. Essa consideração do direito objetivo é muito diferente, pois o direito nascerá pela decisão judicial, com sua originalidade, mas atribui às partes a construção do direito, que será exposto pela fundamentação.

O processo é um *mistério*⁴⁴, e não algo ao qual podemos aderir previsibilidade e segurança jurídica. O processo civil, responsável por performar o direito, onde os fatos são catalisados junto ao direito, iniciando assim o processo criação do direito, sendo o processo

⁴⁴SATTA, Salvatore. *Soliloqui e Colloqui di un Giurista*. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.

possibilitador das *revoluções no direito*. Esta passagem de Satta corresponde que a ora Tese busca evidenciar a democratização da democracia sob efeitos da Constitucionalização do Direito, em uma Onda Renovatória da Ciência Processual, pois foi constatado, no correr da pesquisa, que a Teoria do Direito se centra somente na Jurisdição em seus estudos e teorizações, esquecendo-se do Processo, de maneira que com o presente focalizou-se a Teoria do direito no Processo.

O processo busca dar conta da existência acerbada pela fenomenologia, não mais orientada para a busca da verdade, inexitosa ao alcance das certezas absolutas criadas pela verdade; a existência faz com que o ser tome consciência do pluralismo cultural, da multiplicidade de verdades parciais e sucessivas, na busca da adaptação existencial, o que é possibilitado pela dinâmica processual , estabelecida pela legitimidade democrática processual.

II – DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO: O PROCESSO COMO GÊNESE DO DIREITO: O FENÔMENO CONFLITOLÓGICO DE INTERESSE COMO POSSIBILITADOR DE NOVOS HORIZONTES

La comprensión del equilibrio entre juez, proceso y Estado que requiere de modo específico la postmodernidad, es imprescindible para el mantenimiento de una actividad que tanto se vincula con lo que consideramos *condición humana*.⁴⁵

Passar *da jurisdição ao processo*, mostrou-se, na composição do trabalho, necessário para adentrar em uma nova perspectiva do processo como democracia participativa. Nesse norte, a filosofia do direito processual é construída a partir de uma filosofia prática, por absorver a ideia de que é a adaptação existencial a justificativa para que se empreenda uma nova e significativa ideia do que significa a jurisdição nos tempos atuais e qual o papel do processo para o direito.

O capítulo, nesse sentido, terá o desafio de percorrer essa passagem da jurisdição ao processo, o que será justificado a partir de aspectos como: a passagem da *separação de poderes* para a de *divisão de poderes*, que exalta a inexistência de uma separação rígida das tarefas dos poderes em uma Democracia Participativa, dando espaço para uma interferência do Judiciário no Poder Legislativo, principalmente no que toca à criação do direito; a consequência desta *divisão* é sentida na politização do Judiciário, cujas razões serão devidamente expostas no sub-ítem. Importa destacar, já a princípio, que essa consequência adere importantes reflexos na produção do direito pelo Judiciário, pois passa o Estado-Juiz a ser um canal de absorção das políticas sociais no Estado e tendo o dever de tutelar o direito.

Nesse momento, nasce o importante fenômeno do ativismo judicial, impulsionado por esse cenário de divisão dos poderes e politização do Judiciário; nasce como um reflexo natural das implicações de uma sociedade plural e complexa, que muda continuamente e exige, do Estado, que garanta as mínimas condições de vida e de erradicação de possíveis violências e, concomitantemente, crie um aspecto de igualdade e dignidade. A juridicização da vida denota o novo papel do Poder Judiciário junto à sociedade e, ao mesmo tempo, criam-se preconceitos, dúvidas e receios quanto ao papel criativo dos Tribunais, pois muitas vezes, a decisão judicial torna-se o reflexo da filosofia da consciência do juiz.

O ativismo judicial, em nosso país, concentra-se em decisões do Supremo Tribunal Federal e, em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, responsáveis por reconhecer

⁴⁵CALDANI, Miguel Angel Curio. *El Juez, el Proceso y el Estado en la Postmodernidad*. Disponível em <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/829/648>. Acessado em 31/01/2018. P. 22-23.

novos direitos para além da letra da lei, através de uma atividade de criação do direito. Essa sintomática não denota um caráter *positivo* do ativismo judicial, pois, conforme ver-se-á no correr do capítulo, a decisão judicial, ao interpretar a norma ou ao criar o texto deve ser construída a partir do processo judicial, e não a partir da simples consciência do Estado-Juiz, ignorando o processo. Por isso, ressignificar a jurisdição é mostrar que a criação do direito objetivo pelo Estado Juiz não é o mesmo que ativismo judicial em sua tradicional acepção, passando a centrar a politicidade ao processo e não mais na jurisdição.

Para demonstrar o dito, o capítulo redimensiona a administração da justiça como *potestas* e a função jurisdicional como *auctoritas*, dando novos significados e papéis a estas importantes atribuições jurisdicionais, atadas à legitimidade democrática processual.

A passagem da jurisdição ao processo denota o importante papel que o Estado-Juiz possui na atualidade, conectada a uma responsabilidade sociopolítica na criação do direito, não podendo esquivar-se quando são trazidas situações jurídicas subjetivas relevantes para o direito e ainda não reconhecidos como Lei, bem como quando são trazidos direito subjetivos (Lei) que não correspondem ao caso-problema. Com a constitucionalização do direito, não mais temos apenas garantias, mas existe a proteção à ameaça e lesão ao direito (art,5º XXXV, CF), direitos que superam a lei e encontram no direito fundamental de ação e de petição a abertura contextual dos fenômenos conflitológicos de interesse que poderão vir a ser traduzidos como direito pelo processo.⁴⁶

Inicia-se o capítulo demonstrando as bases desta filosofia do direito processual⁴⁷, filosofia que culmina na criação do direito objetivo pelo Estado Juiz. A base de tudo são os

⁴⁶In quest'ottica, vi è un'unica astrazione che il foro concede al processo rispetto alla realtà di diritto sostanziale, ossia che l'attore non debba effettivamente essere titolare del diritto fatto valere bastando l'affermazione de titolarità per essere legittimato ad agire per poter domandare tutela giurisdizionale. (D'ALESSANDRO, Elena. **L'oggetto del Giudizio di Cognizione**. Tra Crisi delle Categorie del Diritto Civile e Evoluzione del Diritto Processuale. Torino: Giapichelli Editore, 2016. P.19)

⁴⁷Dans tout ordre de connaissances, l'activité humaine marque l'empreinte de son passage par des phases graduelles. Les notions les plus humbles à leur début, s'élèvent et s'élargissent lorsqu'elles sont méditées par des esprits attentifs, et l'action de la pensée dégage des règles et des principes là où l'on n'avait aperçu pendant longtemps qu'une aveugle routine. Il n'est pas de métier qui n'ait son côté intellectuel, que ne régissent certaines lois naissant de sa nature même, et qui ne soit susceptible de progrès. Toute occupation humaine offre à côté de la pratique une théorie actuelle ou possible. Mais cette division en pratique et en théorie, suffisante pour les connaissances ordinaires et les arts mécaniques, ne sépare pas assez les échelons dans les connaissances où l'esprit est seul en action. Des subdivisions deviennent alors nécessaires. On trouve en effet quatre degrés dans ce qui concerne l'exercice de l'intelligence : 1° au bas de l'échelle, le métier; 2° l'art; 3° la science; 4° la philosophie. Le métier, pure routine, est une capacité acquise par la seule pratique individuelle, sans la méditation des principes ; l'art, plus raffiné, s'aide de la réflexion et de l'expérience de ceux qui ont pratiqué précédemment, il suppose un enseignement, il est soumis à des règles, il y a déjà une doctrine ; la science, dégagée de la routine, consiste surtout clans la théorie, c'est un système de connaissances, elle vérifie et discute les règles de l'art, elle a pour but de diriger et d'éclairer la pratique ; enfin la philosophie est le fond, l'extrait, l'essence, l'esprit de la doctrine, les généralités de la science, le résumé des principes. Le mot philosophie se prend dans des acceptions si différentes que nous avons dû indiquer dès l'abord en quel sens nous l'employons. La philosophie d'une science est donc le produit de

fenômenos conflituais existenciais da *facticidade*, que são muito maiores e amplos do que o direito preso ao dogma. A hermenêutica fenomenológica que embasa essa dinâmica do existir muito bem representa a existência em sua amplitude, pois o homem expressa-se pela linguagem e por sua relação intersubjetiva, criando e recriando-se, cotidianamente.

l'analyse et de la synthèse, de la décomposition et de la combinaison, le résultat d'une sorte d'alchimie intellectuelle. Elle est l'art de rapprocher les faits, de saisir et de coordonner leurs rapports, et par là de s'élever à la connaissance des principes généraux. L'expression philosophie du droit n'est pas nouvelle: mais déjà cette locution, mal définie, signifie des choses diverses. Tantôt on confond la philosophie du droit avec le droit naturel, avec la science des droits et des devoirs: proche voisine de la morale, elle comprend alors des théories étrangères au droit positif. Synonyme du droit naturel, elle n'est qu'une branche du droit général. Tantôt, au contraire, la philosophie du droit, au lieu d'être une partie, une ramification de la science, est une vue générale de son ensemble, une sorte de préface ou de résumé qui la domine dans le passé, dans le présent et dans l'avenir. C'est ce que quelques modernes appellent la philosophie du droit positif, ce que Bacon formulait sous le titre de droit universel, ce que Filangieri a appelé la science de la législation, ce que Montesquieu a mis en relief dans son *Esprit des lois*. C'est l'art de la législation, c'est la théorie de la loi, le système auquel elle doit être soumise, le principe auquel il faut la ramener. C'est le tableau de ses imperfections passées, la critique de ses défauts actuels, l'indication des améliorations qu'elle exige. C'est une collection de préceptes et de matériaux destinés au législateur plutôt qu'au citoyen (BORDEAUX, Raymond. **Philosophie de la Procédure Civile**. Paris: Evréux, 1857. P. 1-3)

1 - Filosofia do Direito Processual como Filosofia Prática : do processo como adaptação existencial

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.⁴⁸

A dimensão <Fenômeno Conflitológico de Interesses> é a conduta do ser^{49,50} em interferência intersubjetiva⁵¹ e faz parte do domínio da esfera ontológica fundamental, cuja

⁴⁸CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 11.

⁴⁹En un polo está Heidegger. Vincula la comprensión del lenguaje a una teoría del Ser (ontología fundamental). No se trata de que el término “es” adquiriera para él un sentido metafísico. Por el contrario. Construir, Habitar, Decir: estas palabras indican actos (o situaciones activas) y tienen una profundidad muy distinta que la famosa palabrita “ser”. La antigua metafísica parafraseaba, siguiendo a los lógicos, la cópula, la formulación del juicio. La palabra “es” sólo recae sobre los resultados de la inagotable potencia creadora del mundo, de los cuales se retira: los “entes”, esta hierba, este árbol. Esta piedra es blanca, este árbol es verde. Pero el hombre *es* esto o aquello (alto, bajo, moreno, rubio, fuerte, delgado) y *no lo es*. Como es conciente, se sustrae al ente y va más lejos, a otra parte, porque tiene un horizonte y un proyecto, porque es apertura. El no-ser del hombre, su conciencia desgarrada, abierta sobre lo posible, perpetuamente trascendida por el proyecto, es el *ser* que hay en él, que se da o que lo abandona. En el aburrimiento, en la trivialidad, la conciencia se rencuentra como “ser” entre los existentes. Todos los caminos del pensamiento conducen, en forma más o menos perceptible y por tránsito inhabituales, a través del lenguaje, decide Heidegger al comienzo de su conferencia sobre el problema de la técnica. La dispensación del Ser es la palabra. Por consiguiente hay un ser del lenguaje, del Logos. La pertenencia mutua del Ser y de la Razón llega a hablar en el Logos (la palabra y el acto). Sin embargo, no nos engañemos en cuanto al sentido de los signos. Llamamos signo a lo que por su constitución más íntima es algo que indica. De tal modo concebido, el signo no es la palabra o el lenguaje; es el hombre mismo, en movimiento hacia lo que se sustrae. El hombre es signo. Indica el Ser. Tiene ese sentido en la historia del Ser. Quienes entienden el lenguaje de la poesía sólo lo comprenden porque se dedican a escuchar el Ser. Entienden, más allá y más acá de las palabras, de todas las palabras, lo que dice el silencio “otro Decir que el decir ordinario”, un Decir que permanece pues “es” la morada del Ser. La palabra “ser” en el lenguaje ordinario encubre al Ser, pues lo determina. Las proposiciones y juicios así determinados entran en representaciones y en reflexiones que definen con exactitud. Pero existe un abismo entre la representación y la presencia. El Ser no se re-presenta; se presenta; se ofrece; se aproxima en el riesgo y en el juego. Se revela (con una especie de movimiento dialéctico: el Ser infinito aparece disimulándose, se encubre apareciendo en la finitud). En cuanto a las proposiciones que determinan y definen, cuando no caen en la trivialidad culminan en la técnica. Ésta conoce la existencia, la domina, la destruye. Al mismo tiempo, el ser humano contiene el enigma, las palabras del enigma, el secreto del enigma. “Es” el laberinto y el hilo de Ariadna, la angustia y la salida. Ante todo, no se debe imaginar un Verbo eterno. (LEFEBVRE, Henri. **Lenguaje y Sociedad**. Buenos Aires: Proteo, 1967. P. 106-107)

⁵⁰El concepto que falta el concepto *que queda*, en resumen, el concepto de fondo que evita los *a priori* de los demás : ya que no procede de ninguna ruptura, ni siquiera con el acontecimiento (al que ha permitido aflorar). Porque no excluye nada ni polemiza con nada. Porque el Ser véase como se vea, *Sein* o *Being*, no ese a fin de cuentas más que un concepto griego válido sobre todo para responder a los problemas de definición y a las exigencias de determinación de la lengua: un concepto que promueve algo, aunque por exclusión (del no-ser e incluso de la apariencia), que pone trabas a la intelección de la transición y que relega a la inconsistencia al devenir de nuestras vidas. O porque *réel*, no es más que un concepto desesperadamente insípido, apagado, inerte, frustrante, decepcionante, que todavía se sigue aferrando ingenuamente y como escondidas a las cosas a la *res*: el más neutro se podría decir, pero de una falsa neutralidad ya que remite a lo irreal por la resignificación, al sueño, al principio de placer y a las figuraciones del ideal. (JULLIEN, Francois. **Las Transformaciones Silenciosas**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009. P. 101)

⁵¹Os níveis mais animais e automáticos da personalidade do homem não são nem mais nem menos importantes para a compreensão da conduta humana do que seus controles. O que importa, o que determina a conduta, são os equilíbrios e conflitos entre as pulsões maleáveis e os controles construídos sobre as pulsões. Decisivos para a pessoa, como ela se nos apresenta, não são nem o “id” sozinho nem o “ego” ou o “superego” apenas, mas sempre

abertura ao mundo se dá pela linguagem – diálogo, que expressa cooperação e comunicação^{52,53}. São essas dinâmicas existenciais (revoluções silenciosas e ressoantes⁵⁴) que dão vida aos

a *relação* entre esses vários conjuntos de funções psicológicas, parcialmente conflitantes e em parte cooperativos, na maneira como o indivíduo dirige sua conduta. São elas, essas relações *dentro* do homem entre as paixões e sentimentos controlados e as agências controladoras construídas, cuja estrutura muda no curso de um processo civilizador, de acordo com a estrutura mutável dos relacionamentos *entre* seres humanos individuais na sociedade em geral, que têm importância. No curso desse processo, para dizer isto em breves palavras e de modo até simplificador, a “consciência” torna-se menos permeável às pulsões e as pulsões menos permeáveis à “consciência”. Em sociedades mais simples, impulsos básicos, como quer que sejam transformados, têm acesso mais fácil à reflexão do homem. No curso de um processo civilizador, a compartimentação dessas funções de direção de si mesmo, embora de modo nenhum absoluta, torna-se mais pronunciada. (ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. Volume 2. Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. P.237)

⁵²Anziché combattere sempre e soltanto a colpi di clava, proviamo a confrontarci a colpi di citazione in un *ring* variamente ritualizzato. *Ius* è stata probabilmente una della principali invenzioni che hanno consentito la sopravvivenza della specie umana. Anche ammesso (e non concesso) che senza di esso la specie fosse comunque riuscita a sopravvivere, certamente avrebbe però incontrato grosse difficoltà a sviluppare quei connotati in senso lato culturali che la rendono appunto “umana”. [E difficile riuscire a pensare una *humanitas* senza una *societas*. L’uomo è un animale sociale: non si nasce soltanto esseri umani, lo si diventa veramente attraverso l’interazione con altri esseri umani. E questo per sperare di realizzarsi há bisogno di un mínimo comum denominatore normativo che consenta almeno coesistenza, cooperazione e comunicazione. (COSI, Giovanni. **Potere, Diritto, Interessi**. Introduzione alla gestione dei conflitti. Siena: Libreria Scientifica, 2011. P.4)

⁵³E difficile riuscire a pensare una *humanitas* senza una *societas*. L’uomo è un animale sociale (*zoon politikon* lo definiva Aristotele): non si nasce soltanto esseri umani, lo si diventa veramente attraverso l’interazione con altri esseri umani. E questo per sperare di realizzarsi há bisogno di un mínimo comum denominatore normativo che consenta almeno coesistenza, cooperazione e comunicazione. (COSI, Giovanni. **Potere, Diritto, Interessi**. Introduzione alla gestione dei conflitti. Siena: Libreria Scientifica, 2011. P.11)

⁵⁴La transación es imperceptible pero conduce nuestros ojos a una completa inversión: de la victoria a la derrota; o del amor al odio o bien a la indiferencia, que también es su opuesto. Pero avancemos un paso más. Si bien la transformación se opone paradigmáticamente a la acción, la transformación a la que llamo silenciosa prolonga esa separación y la ahonda: ¿su andadura discreta pero no bastaría para desafiar todas las tormentas, tan sonoras, de las revoluciones? Ésta son ruidosas, desgarradoras, detonantes, crean una ostensible ruptura y condensan la acción en una crispación frenética, hasta podríamos decir heroica. En cualquier caso, la radicalizan y la llevan a su máxima intensidad; son las que se retienen, las que se gravan sobre la piedra o el bronce y las que se recuerdan. Aquélla, por el contrario, ejerce su influencia poco a poco, - sin hacerse notar, sin anunciarse – hasta el punto de que llega a su opuesta sin que apenas se haya notado. Comparemos ambas, desde el punto de vista de los resultados o mejor dicho, de su efectividad o de lo que en alemán se llama *Wirklichkeit*. Como ha forzado hasta el extremo la situación y rompe ruidosamente con el orden establecido, la revolución en cuanto acción, e incluso acción llevada hasta el límite, suscita necesariamente una reacción contra ella. Se bate, o más bien se debate, en un Campo de fuerzas declaradas que se convierten en rivales. Por eso mismo da forma y fuerzas a su adversario; y engañados, yugulados, aplastados, esas fuerzas reprimidas siguen trabajando en la sombra antes de aflorar de nuevo. Toda revolución está seguida de restauraciones que tardan más o menos tiempo en llegar, pero que se niegan a morir mientras la revolución no haya llegado a un punto de tolerabilidad, en su contexto histórico, que la haga integrable. Por el contrario, la transformación silenciosa no fuerza nada, no se contraponen a nada, no lucha; pero va haciendo su camino, como si dijéramos, se infiltra, se extiende, se ramifica, se globaliza, actúa como una mancha de aceite. Se integra desintegrándose; se deca asimila al mismo tiempo que va deshaciendo lo que la asimila. Por eso es por lo que es silenciosa: porque no suscita resistencia contra ella, porque no provoca chillidos, no provoca ningún rechazo, no se la oye progresar. Así pues, para atenernos a la vieja imagen, la trama de la historia está tejida por ambas, y las revoluciones que sobresalen, las que se recuerdan y de las que se habla, no son más que un brocado de hilos más brillantes y vistosos, en relieve, sobre le fondo de la otra. Coloquemos una junto a otra parte para verificar su uso. Por un lado, vemos que la Revolución francesa provocó, durante casi un siglo, restauraciones y revoluciones en cadena, antes de que se estabilizara muy poco a poco, y esta vez sin grandes acciones memorables, porque iba naciendo de manera no tajante, no declarada, más bien por extinción y falta de otras posibilidades, el régimen parlamentario que se correspondía con el equilibrio social y se hacía así tolerable, y en se momento el único viable, de la III República. Además, y por contraste con los estallidos, sobresaltos y contragolpes políticos, constatamos que las transformaciones, no solamente económicas y sociales, sino también de creencia, de obediencia, de tendencias, de modos de vida, se propagan sin alertar. Se imponen sin apenas herir. Predisponen, orientan, impregnan, se dejan absorber. Anónimas y sin rostro, no se las puede localizar y aún menos responde a ellas. Influyen en la situación sin hacerse notar, hasta que ésta varía sin que se las haya tomando en cuenta, e incluso sin

fenômenos sociais e que afetam, conseqüentemente, diretamente, a composição e a decomposição do direito⁵⁵, pois o fenômeno conflitológico de interesses tem um amplo poder construtivo quando em sua decisão adere-se à compreensão⁵⁶ hermenêutica⁵⁷, que é o modo de abordar e questionar essa *facticidade*⁵⁸. Reside nas revoluções e modificações da *facticidade*, que são tão silenciosas e de impacto tão profundo, imperceptíveis ao sentido mais aguçado, cuja captação sensível e imediata é inalcançável ao ser, as grandes revoluções a serem percebidas pelo direito.⁵⁹

que se las vea, a pesar de su evidencia y de que son irresistibles. (JULLIEN, Francois. **Las Transformaciones Silenciosas**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009. P. 49-50)

⁵⁵El derecho deviene entonces para el hombre em el emblema de la infâmia; se convierte em la confesión de la imposibilidad de erradicar la perfidia. Así cuando se afirma que el hombre puede reencauzar su vida mediante reglas de conducta, se está sosteniendo que es una criatura que necesita un bozal para poder convivir en seguridad con sus semajntes. Y si esto es algo que ningún otro animal puede hacer, es que ningún otro animal necesita hacerlo, ya que resulta, en consecuencia, que la humanidad es la única especie que escoge a sus semejantes como presa preferida. (FULLER, Leon. **Anatomía del Derecho**. Caracas: Monte Avila, 1969. P. 9)

⁵⁶... a hermenêutica, se caracteriza por assumir uma posição antagônica com a posição da crítica face a seu tempo. Enquanto a crítica se dirige basicamente contra seu tempo, a hermenêutica procura penetrar cautelosamente em seu tempo. São as duas possibilidades de que dispõe a reflexão para se encontrar com a realidade histórica: em vez de refletir sobre conteúdos abstratos que se lhe opõem, procura tornar-se conscientes dos condicionamentos que determinam sua posição dentro da constelação histórica. Através da compreensão, a hermenêutica procura atingir o sentido que nos vem do passado e que abrange, num único movimento, aquele que compreende e aquilo que é compreendido. A pretensão de universalidade da hermenêutica nasce precisamente desta tendência integradora. De algum modo, tudo deve ser compreensível. (STEIN, Ernildo. **Dialética e Hermenêutica: Uma controvérsia sobre o método em Filosofia**. *Síntese*, vol.10, n.º29, 1983, Pp.21-48. P 25-26)

⁵⁷CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 186.

⁵⁸Porque, según Heidegger, <el término *hermenêutica* pretende indicar el modo unitario de abordar, plantear, acceder a, cuestionar y explicar a facticidad>. Heidegger elige el término *hermenêutica*, como *interpretación que la facticidad hace de sí misma*, atendiendo a su significado originario: determinada unidad en ra realización del *hermeneúein* (del comunicar), es decir, del interpretar que lleva al encuentro, visión, manejo y concepto de la *facticidad*. (SANCHO, Jesús Conill. **Ética Hermenêutica**. Madrid: Tecnos, 2010. P.94)

⁵⁹Ahora bien ¿no se basa éste precisamente en la fabricación en cadena (esteretipada) de acontecimientos? No sólo la creación de acontecimientos que elaboran les sirve para captar el interés y, por lo tanto, para acrecentar su audiencia y su influencia, sino que también, al igual que todo lo que tocaba Miras se hacía de oro, todo aquello de lo que hablan los media se convierte en acontecimiento. En la medida en que un acontecimiento no tiene ser propio, escapaba a la ontología clásica: por la manera en la que se le escoge y se le trata, por cómo consigue coagular a su alrededor el discurso y el espectáculo, el acontecimiento adquiere asu consistencia o resultado. Porque, ¿en qué la muerte de tal o cual cantante, cuya noticia recorre Francia, ejercendo de *pathos*, es más significativa desde el punto de vista del conocimiento del presente que cualquier otra información que la importancia concedida a esa muerte deja en silencio? ¿E incluso – muerte por muerte – la muerte de Deleuze (o de Ricoeur o de Derrida) ha sido siquiera divulgada? (JULLIEN, Francois. **Las Transformaciones Silenciosas**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009. P. 86)

A hermenêutica filosófica fenomenológica comprende o entorno da existência⁶⁰ - *facticidade*⁶¹ - pela interpretação⁶² posta pela linguagem⁶³, o que faz com haja a compreensão⁶⁴

⁶⁰Creo que el análisis temporal de la existencia humana de Heidegger ha demostrado de manera convincente que la comprensión no es una de las distintas actitudes del sujeto humano sino el modo de ser del *Dasein* mismo. En este sentido he empleado el término «hermenéutica» aquí en [*Wahrheit und Methode*]. Designa el movimiento básico de la existencia humana, formado por su finitud e historicidad, y, por tanto, abarca el todo de su experiencia del mundo... El movimiento de la comprensión es globalizador y universal?. La universalidad de la hermenéutica tiene, por supuesto, consecuencias para los esfuerzos llevados a cabo en metodología de las disciplinas interpretativas. Por ejemplo, el carácter globalizador de la comprensión plantea la cuestión de si se puede simplemente por orden limitar el ámbito de la comprensión o reducirlo a uno u otro aspecto. Gadamer afirma que la experiencia de una obra de arte trasciende todo horizonte subjetivo de interpretación, tanto el del artista como el del receptor. Por esta razón, «la *mens auctoris* no es una medida posible del significado [*Bedeutung*] de una obra. De hecho, hablar de una obra-en-sí-misma, aislada de su realidad siempre renovada tal como viene a permanecer en la experiencia, es considerarla de forma muy abstracta». Lo decisivo no es ni la intención del autor ni la obra como algo en sí mismo externo a la historia, sino el «qué» que viene repetidas veces a permanecer en los encuentros históricos. Para captar las consecuencias de la hermenéutica más universal de Gadamer para la concepción del método es necesario analizar más detalladamente las raíces heideggerianas del pensamiento de Gadamer y el carácter dialéctico de la hermenéutica tal y como la concibe Gadamer. Al igual que Heidegger, Gadamer es un crítico de la entrega moderna al pensamiento tecnológico, que tiene sus raíces en el subjetivismo (*Subjektivität*), es decir, en considerar la conciencia subjetiva humana y las convicciones de la razón basadas en ella como el último punto de referencia para el conocimiento humano. Los filósofos precartesianos, por ejemplo, los antiguos griegos, vieron su pensamiento como una parte del ser mismo. No tomaron la subjetividad como punto de partida y luego basaron la objetividad de su pensamiento en ella. El suyo fue un acercamiento más dialéctico que intentó permitirse ser guiado por la naturaleza de lo que se estaba comprendiendo. El conocimiento no era algo que adquirirían como una posesión sino algo en lo que ellos participaban, permitiéndose ser dirigidos e incluso poseídos por su conocimiento. De esta forma los griegos consiguieron un acercamiento de la verdad que iba más allá de las limitaciones del pensamiento sujeto -objeto moderno arraigado en el conocimiento subjetivamente cierto. Por tanto, el acercamiento de Gadamer está más próximo a la dialéctica de Sócrates que al pensamiento manipulador y tecnológico moderno. La verdad no se alcanza de forma metodológica sino dialéctica. El acercamiento dialéctico de la verdad se considera como la antítesis del método, de hecho, como un medio de superar la tendencia del método a preestructurar el modo de ver del individuo. Estrictamente hablando, el método es incapaz de revelar nueva verdad. Sólo hace explícito el tipo de verdad ya implícito en el método. Al descubrimiento del método mismo no se llegó a través del método, sino de forma dialéctica, es decir, a través de una receptividad inquisitiva a la cuestión con la que uno se encuentra. En el método el sujeto inquisitivo dirige, controla y manipula; en la dialéctica el asunto con el que nos encontramos plantea la cuestión a la que aquél responde. Sólo se puede responder basándose en su pertenencia a y en el tema. La situación interpretativa ya no es la de un interrogador y un objeto, en la que el interrogador tiene que construir los «métodos» para poder captar el objeto. Al contrario, el interrogador se encuentra de pronto al ser que es interrogado por el «tema» (*Sache*). En una situación tal, el esquema «sujetoobjeto» es sólo equívoco, ya que el sujeto ahora es el objeto. De hecho, el método mismo se ve generalmente dentro del contexto de la concepción sujeto-objeto de la postura interpretativa del hombre y es la base para el pensamiento manipulador y tecnológico moderno. (PALMER, Richard E. **¿Qué es la Hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002. P. 232-235)

⁶¹Facticidad es el nombre que le damos al carácter de ser de nuestro existir (*Dasein*) propio. Más exactamente, la expresión significa: ese existir en cada ocasión, en tanto que en su carácter de ser existe o está aquí por lo que toca a su ser. [...] *Facticidad* quiere decir <la existencial del ser humano> en la cual puede encontrar arraigo el preguntar filosófico. La facticidad subraya el carácter efectivo de un hecho, por extraño, oscuro e incomprensible que sea, como ocurre con la vida y la existencia humana. (SANCHO, Jesús Conill. **Ética Hermenéutica**. Madrid: Tecnos, 2010. P.91-92)

⁶²La clave de la Hermenéutica contemporánea está en considerar el entender el entendimiento de algo o alguien como un interpretar, es decir, como una interpretación. La Hermenéutica plantea que todo entendimiento de algo es ya interpretación, de modo que la interpretación se eleva a categoría universal del humano conocer. Aquí se funda la universalidad de la Hermenéutica, en la que la razón humana se convierte en razón interpretativa, en consecuencia, en una razón interpuesta o intercalada, entrometida y medial, impura y relacional. Interpretación dice, en efecto, interposición, y define la tarea de mediar o remediar entre los diferentes y sus diferencias, sea el objeto y el sujeto sean los propios sujetos diferenciados. La interpretación no se sitúa, por lo tanto, en el medio (estático) entre los diferentes, sino en la mediación (dinámica) de sus diferencias. De este modo, la interpretación es la comprensión o comprensión de lo diferente o diferenciado, así pues la coimplicación de el/lo otro y la asunción de la otredad: pues el/lo otro nos salva de nuestra propia encerrona al sacarnos de nosotros mismos. La

interpretación se interpone así entre los contrarios a modo de complejión de los opuestos. El hermeneuta o intérprete es entonces el „traductor“ interpuesto mediadoramente entre objetos y sujetos, lenguas y personas, a modo de interlenguaje de ida y vuelta (recuérdese que en antiguo español "traducir, se dice volver"); se trata de una mediación intersubjetiva que posibilita la comunicación mutua y el entendimiento o comprensión de lo real en su significación. Por eso A. Schopenhauer, el maestro de F. Nietzsche, considera la interpretación como la captación del sentido: El mundo en que cada cual vive depende ante todo de la interpretación que se tenga de él: la interpretación otorga importancia y significación (Aphorismen zur Lebensweisheit). (OSÉS, Andrés Oniz. **Amor y Sentido**. Una hermenéutica simbólica. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. P. 24-25)

⁶³La Hermenéutica o Filosofía interpretativa se ha convertido en el Pensamiento contemporáneo por antonomasia, por cuanto representa el ámbito de encuentro interdisciplinar en torno a la comprensión del sentido de la realidad, texto o contexto en cuestión. La Hermenéutica comparece como la nueva Estrella del pensar en general y filosófico en particular, pudiéndose hablar por tanto de una Escolástica posmoderna que sobrepasa la tradicional Escolástica medievalizante de carácter cerrado al proponer un modo de reflexión radicalmente abierto. La Hermenéutica es en efecto la apertura de lo hermético y el sobrepasamiento del sentido literal por el sentido pleno (sensus plenior). Mientras que la Escolástica tradicional define el ser cuasi dogmáticamente como esencia o sustancia, por lo tanto, como verdad fundamental de signo objetivo, la Escuela hermeneutica interpreta el ser de lo real de modo existencial y dialógico y, en consecuencia, como sentido relacional de carácter intersubjetivo antidogmático. Este paso de la Escolástica premoderna a la Escuela hermeneutica posmoderna está condicionado por la propia Modernidad, la cual somete a crítica el objetivismo dogmático clásico en nombre de la subjetividad moderna liberada por Descartes, Kant y Hegel. Ahora bien, lo característico de la Filosofía hermeneutica contemporánea está en buscar precisamente la mediación entre el objetivismo clásico y el subjetivismo moderno, mediación representada hermeneuticamente en y por el lenguaje considerado como el ámbito de encuentro de mundo y hombre, realidad e idealidad, objetividad y subjetividad. El lenguaje es, en efecto, objetivo-subjetivo, ya que expone o expresa algo dado u objetivado de un modo subjetivo. Aquí radica exactamente el famoso "giro lingüístico" de la Hermenéutica de H.G. Gadamer y socios, giro que la pone en relación con la filosofía del lenguaje del segundo Wittgenstein y asociados. Así que la Escuela hermeneutica se presenta como la nueva síntesis contemporánea entre el pensamiento clásico aristotélico-tomista y el pensamiento moderno cartesiano-hegeliano. Sin duda, la figura que propicia esta nueva síntesis de clasicismo y modernidad es M. Heidegger, el filósofo de origen católico que arriba ala modernidad protestante con su obra paradigmática *Ser y tiempo* (1927), en la cual recoge el pensamiento tradicional del ser reinterpretado existencialmente, lo que provoca un giro antropológico en el filosofar contemporáneo recogido especialmente por su discípulo H.G. Gadamer en *Verdad y método* (1960). Ésta es la obra que funda la Hermenéutica contemporánea en cuanto mediación del objetivismo antiguo y del subjetivismo moderno a través del médium del lenguaje como diálogo del ser y el hombre. Para ello H.G. Gadamer sintetiza el logos griego racional y el Ingo cristiano personalista, proyectando una especie de racionalidad interpersonal como específica racionalidad hermeneutica. Si la racionalidad clásica de la Escolástica era greco-católica (aristotélico-tomista) y, por tanto, fundamentalista, la nueva racionalidad hermeneutica es greco-protestante (socrático-heideggeriana) y, por tanto, personalista y posthumanista. Con ello, la Hermenéutica se presenta como un Humanismo que toma conciencia del lenguaje, lo que incluye un elemento crítico o autocrítico en nuestro conocimiento, así como un matiz relativizador de todo absolutismo. (OSÉS, Andrés Oniz. **Amor y Sentido**. Una hermenéutica simbólica. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. P. 21-22)

⁶⁴El fenómeno de la comprensión y de la correcta interpretación de lo comprendido no es sólo un problema específico de la metodología de las ciencias del espíritu. Existen desde antiguo también una hermenéutica teológica y una hermenéutica jurídica, aunque su carácter concerniera menos a la teoría de la ciencia que al comportamiento práctico del juez o del sacerdote formados en una ciencia que se ponía a su servicio. De este modo, ya desde su origen histórico el problema de la hermenéutica va más allá de las fronteras impuestas por el concepto de método de la ciencia moderna. Comprender e interpretar textos no es sólo una instancia científica, sino que pertenece con toda evidencia a la experiencia humana del mundo. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. P. 23)

do outro, do diferente, expressando-se de forma autêntica e inautêntica^{65,66} “*El gesto de la hermenéutica es un gesto humilde de reconocimiento de las condiciones históricas a las cuales está sometida toda comprensión humana bajo el régimen de la finitud.*”⁶⁷ A compreensão é, desse modo, uma necessidade do ser-no-mundo.⁶⁸

Os fenômenos cotidianos colmatam o contexto⁶⁹ do ser. Cada fragmento, cada acontecimento – seja o bater das asas de uma borboleta –, expressam o mistério do viver e a

⁶⁵¿Estar inmerso em tradiciones significa real y primariamente estar sometido a prejuicios y limitado em la própria libertad? ¿No es cierto más bien que toda existencia humana, aún la más libre, está limitada y condicionada de muchas maneras? Y si esto es así, entonces la idea de una razón absoluta no es una posibilidad de la humanidad histórica. Para nosotros la razón sólo existe como real e histórica, esto es la razón no es dueña de si misma sino que está siempre referida a lo dado en lo cual se ejerce. Esto vale no sólo em el sentido en el que Kan limitaba las pretensiones del racionalismo, bajo la influencia de la crítica escéptica de Hume, al momento apriórico en el conocimiento de la naturaleza; vale aún más decisivamente para la conciencia histórica y para la posibilidad del conocimiento histórico. Pues el que el hombre tenga que ver aquí consigo misma y con sus propias creaciones (Vico) sólo es una solución aparente ao problema que nos plantea al conocimiento histórico. El hombre es extraño a si mismo y a su destino histórico de una manera muy distinta a como le es extraña la naturaleza, la cual no sabe nada de él. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Metodo**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. P. 343)

⁶⁶De tal modo, Heidegger opone el lengu aje inauténtico al auténtico. Em la charla (el “parloteo”) se discurre sobre los “entes”, sobre lo *óntico*. Se adopta uma apariencia seria, se emiten consideraciones que em ocasiones parecen importantes y son frívolas, que a veces parecen frívolas y van más lejos que lo serio, pues se introduce em ellas um juego. El lenguaje auténtico *expresa*. ¿Qué? ¿A quién? Preguntas sin respuesta, pues ésta reduciría “el ser” al nivel del ente. El lenguaje, auténtico, presenta lo que antes no era más que la expresión de un ente entre los demás. *Revela* (de alguien, para alguien, algo). *Descubre* (es descubierto, pues es la revelación). De tal manera contribuye a la constitución de la verdad del hombre y del mundo. Expresar a propósito de “algo”, de un “ente”, equivale a decir mucho más que se “ente” (el cielo o el mar, la caza o el amor). El lenguaje auténtico permite mantener em el lenguaje la revelación del ser. Es poesía y es, al mismo tiempo, morada del Ser. Se lo triciona y se lo mata cuando se lo considera un sistema de signos. Pues el carácter auténtico de las palabras consiste em la riqueza de los sentidos (o la indeterminación, la “polisemia”). Traspongamos un abismo y examinemos ahota a los filósofos que quieren injertar su reflexión sobre la semántica científica, para lo cual llevan hasta el extremo de la racionalidad immanente del lenguaje. Sucede a veces que conserven cierta modesta. La preocupación por el rigor y los estudios sobre la lógica sirven de contención. El semántico no pretende encontrar em su ciencia recetas para descubrir la grandeza o las soluciones de los conflictos entre los hombres, La semántica no puede hacer otra cosa que establecer el sentido o la falta de sentido de las palabras de quien habla. Cosa que va ya bastante ljos. Declarar el sentido (o la usencia de sentido) de las proposiciones, de las palabras pronunciadas o escuchadas, ¡qué poder!. (LEFEBVRE, Henri. **Lenguaje y Sociedad**. Buenos Aires: Proteo, 1967. P. 107-108)

⁶⁷El de la crítica de las ideologías es un gesto altivo de desafío dirigido contra las distorsiones de la comunicación humana. Por el primero, me inserto em el devenir histórico al cual s que pertenezco; por el segundo, opongo al estado actual de la comunicación humana falsificada la idea de una liberación de la palabra, de una liberación esencialmente política, guiada por la idea límite de la comunicación sin fronteras y sin trabas. (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 334)

⁶⁸La gente comienza a sentir la necesidad de comprender cuando sus intenciones son controvertidas y sus esperanzas se ven defraudados. La necesidad de comprensión surge de las experiencias desesperanzadas, cuando el sentido del empeño humano se ve opacado y las razones del sufrimiento son impenetrables. (BAUMAN, Zygmunt. **La Hermenéutica y las Ciencias Sociales**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007. P. 184)

⁶⁹El hecho de que la historia - entiendo la historia de los historiadores suscite los mismos problemas y los mismos debates que la teoría del texto y la teoría de la acción no debe sorprender, ya que, por una parte, la historia - la historiografía - es un tipo de relato, un relato verdadero em comparación con los relatos míticos o con los relatos ficticios, como epopeyas, dramas, tragedias, novelas, novelas cortas, y ya que, por otra parte, la historia se refiere a las acciones de los hombres em el pasado [...]En la misma forma em que un texto se desprende de su autor, una acción se desprende de su agente y desarrolla sus propias consecuencias. Esta autonomización de la acción humana constituye la dimensión social de la acción. Una acción es un fenómeno social, no sólo porque la ejecutan varios agentes, de tal manera que no se puede distinguir el papel de cada uno del papel de los otros, sino también porque nuestros actos se nos escapan y tienen efectos que no hemos previsto. Aquí aparece uno de los significados de la

consequência do modo pelo qual os fenômenos desembocam no existir “...*lo que trasciende cualquier explicación simplemente causal y exige la ayuda de una interpretación*”⁷⁰, “ *El hombre es el ser que liga las diferencias entre la ocultación y la revelación o, en otras palabras, entre el ser y el no ser. Al hablar el hombre interpreta al ser.*”⁷¹

Uma vez que a vida emerge - esta fruto de uma tábua periódica de elementos, marcado pela causalidade - passam a ocorrer fenômenos que não são reduzíveis a meras explicações causais: a existência reflete objetivos imprevistos, que se afastam das interrelações explicativas de fenômenos pré-vitais.⁷² O homem é finito e habita o mundo por um sem número de

noción de inscripción. El tipo de distancia que encontramos entre la intención del hablante y el significado verbal de un texto también se produce entre el agente y su acción (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 163 e 178-179)

⁷⁰Un acontecimiento efectivamente, puede ser cualquier instante, pero sobresaliente y destacado respecto a la renovación continua de la que nace la duración. Al atribuirle un ser propio, no sólo aislable sino autoconsistente (es un acontecimiento), es decir, reconociéndole la capacidad de reproducirse, como si detentase en él una iniciativa, o al menos su propia individualidad, que le hiciera introducir una grieta en a continuidad del cambio; y de expulsar a la sombra, volvién solos secundarios y dependientes, todos los momentos adyacentos. No solamente es excepcional, sino que también suscita, con su irrupción, un trastorno que reconfigura con su incidencia todo el resto de posibilidades. Se dice que sobreviene dando a entender que siempre hay en algún lugar una fractura que lo hace destacar – exceder – en el momento presente: parece – escribe Proust en *La prisionera* – que todos los acontecimientos sean más amplios que el momento en el que se dan y no puedan atenerse enteramente a él. Por eso, por muy esperado o justificado que con posterioridad sea el acontecimiento contiene algo inasimilable, o señala hacia exterior, lo que trasciende cualquier explicación simplemente causal y exige la ayuda de una interpretación: hasta al punto seguiría manteniéndolo en él el enigma de su origen. Hay que descifrar su aparición, gustan decir los fenomenólogos, que no renuncian nunca completamente al lenguaje de la epifanía. Pero tengo una duda ¿tal acontecimiento existe efectivamente, es decir, de otra manera que a modo de representación ficticia y mitológica? O, ¿no sería más que el afloramiento visible, como una estela de espuma, de transformaciones que permanecen invisibles como el movimiento oculto del fono del mar? Es verdad que de lo que se habla es del acontecimiento, incluso no se habla más que de él; o, dicho al revés, y valiendo ya como definición: desde el momento en que se habla de él, es un acontecimiento. Pero, si bien se reparten así las esferas de la palabra y de silencio, el acontecimiento acaparando la atención, y la transformación siendo demasiado difusa, global y continua, por no decir desapercibida, ¿en qué medida el acontecimiento no puede concebirse como el brote epifenómico de la transformación, la erupción de lo que se ha incubado durante tanto tiempo? Ed decir, ¿en qué medida el acontecimiento, al evento, es el resultado de un *surgimiento* brusco, como indica la palabra (*e-venit*), más que de una maduración? O, ¿en que medida se puede concebir como un encuentro, con lo que supone de Exterior, e incluso inintegrable, más que como un resultado? (JULLIEN, Francois. **Las Transformaciones Silenciosas**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009. P. 79-80)

⁷¹PALMER, Richard E. **¿Qué es la Hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002. P. 211.

⁷²El filósofo, como el poeta, parte de un postulado que muchos pensadores contemporáneos niegan, a saber: Que algo pueda tener poderes causales que no son exhaustivamente reductibles a conexiones de elementos a partir de los cuales emerge. Cabe ilustrar el problema con el ejemplo de la vida. Obviamente, nada hay en la vida que no tenga origen en la tabla periódica de los elementos. No obstante, una vez que la vida emerge, se dan fenómenos que ya es muy difícil reducir a las meras interrelaciones explicativas de los fenómenos pre-vitales. La vida, por así decirlo, tiene su propia economía y apunta a objetivos imprevistos. Pues bien, constatando que la vida, en todas sus epifanías, tiende a instrumentalizar, a reducir y hasta a anular el entorno si este entra en conflicto con ella, cómo podríamos esperar menos tratándose de la palabra? Se diría que, hasta en sus manifestaciones más huecas, la palabra consigue rentabilizar lo dado al servicio de sí misma; se diría que la función recuperadora de la palabra se ejerce en cualquier circunstancia, que lo que cuenta es seguir hablando, ya sea-con argumentos masticados, prejuicios y sentencias estereotipadas, pero en todo caso hablando. La disposición poética no es posible si no está interiorizada la premisa de que el lenguaje tiene objetivos que no están subordinados a los de esa vida que, indudablemente, le da soporte, esa vida de la que emerge. Esta confianza en la irreductibilidad de la palabra no significa que el poeta espera que la palabra le saque del mundo. Pero sí significa que no experimenta lo irreversible del devenir del mundo como lo único que nos determina. Pues solo si la palabra tiene efectivamente la potencia de ese verbo en el que el peso de la naturaleza se relativiza, solo si la carne (es decir, el orden genético) se ha hecho

palabra en el sentido radical del texto bíblico, puede surgir la exigencia que se halla en la base de la obra literaria: exigencia de no subordinar la palabra a objetivo alguno, exigencia concretamente de no subordinarla a la vida, de la cual los grandes del verbo se han servido siempre para la construcción de los únicos templos posibles para la libertad. Mas la duda se abre...y el filósofo se dice a veces (tiene obligación de hacerlo) que el pensamiento y el lenguaje no alcanzan de verdad autonomía alguna respecto a su matriz en el orden biológico. Muchos son los escritores que han llegado a experimentar que nada cabe esperar de la literatura, simplemente porque el lenguaje no sería otra cosa que un instrumento, ciertamente de gran complejidad, en la lucha por la subsistencia y por el dominio de la naturaleza. Hipótesis esta en la cual, por supuesto, el lenguaje no tiene por sí mismo capacidad liberadora alguna. Pues no habría excepción, a lo que en la jerga filosófica se denomina «carácter transitivo de la causalidad », que aplicado al caso que nos concierne vendría a decir: si las conexiones en el registro de la tabla periódica (con las necesarias condiciones energéticas, etc.) son causa exhaustiva de la vida, y las conexiones neuronales en el seno de esta son causa exhaustiva del lenguaje, entonces este se reduce a las primeras. Retórica pura serían entonces las consideraciones sobre la vida del lenguaje, sobre el hecho de que una vez surgido, el lenguaje comience a responder a exigencias propias. Mas aun en la hipótesis de que el lenguaje es más que un código de señales, en la hipótesis de que el lenguaje tiene vida propia, obviamente, el orden biológico arrastra al pensamiento en su astenia y decadencia, y asumir tal cosa es una de las condiciones primeras de la lucidez. Confrontación auténticamente real es, desde luego, asumir lo ineludible del segundo principio de la termodinámica y el consiguiente colapso de todas las facultades creativas y cognoscitivas. (PIN, Víctor Gómez. **Filosofía: Interrogaciones que a todos conciernen.** Madrid: Espasa, 2008. P. 171-208-210)

possibilidades de comunicação com o outro,⁷³ bem como inventa e transforma o mundo pela técnica⁷⁴ de uma maneira não prevista: estamos sempre abertos e recriando a nós mesmos⁷⁵, pois a linguagem permite que se conheça o mundo e a nós mesmos.⁷⁶

Esse Paradigma da Complexidade⁷⁷ não reduz os fenômenos à causalidade e opõe-se ao mundo da razão-cartesiana. A aventura da razão ocidental simplificadora não pode enfrentar a

⁷³A hermenêutica de Gadamer parte da radical finitude do homem. Daí que a única possibilidade de se aproximar da questão do homem situa-se na comunicação dos homens entre si. Esta é possível, diz-nos a experiência. Quais são, no entanto, as condições de possibilidade de comunicação, quais as suas estruturas? Essas questões constituem o conteúdo da hermenêutica como uma filosofia transcendental. A comunicação dá-se como compreensão e esta acontece no seio da linguagem. "Ser que pode ser compreendido é linguagem". Esta proposição tem sentido universal: pois vale sempre onde se trata da comunicação com os outros. O que ultrapassa os limites da possível comunicação humana é indizível. Nada se pode afirmar aí que abranja a compreensão no seio da linguagem. O sujeito que compreende é finito, isto é, ocupa um ponto no tempo, determinado de muitos modos pela história. A partir daí desenvolve seu horizonte de compreensão, o qual — este é o processo da comunicação — pode ser ampliado e fundido com outros horizontes. O sujeito que compreende não pode escapar da história pela reflexão. Dela faz parte. E este estar na história tem como consequência que o sujeito é ocupado por preconceitos que pode modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente. É assim que Gadamer critica o racionalismo da ilustração: o pensamento iluminista é cego para a inevitabilidade de preconceitos em todo o processo de compreender. Já que não é possível libertar-se dos preconceitos, e já que, pelo contrário, eles possibilitam toda comunicação, é provável que não haja apenas preconceitos falsos, mas também pré-conceitos legítimos. "Pré-conceito não significa portanto: juízo falso, mas nele reside a possibilidade de ser avaliado positiva e negativamente". É por isso que o juízo negativo do iluminismo sobre o preconceito constitui outro preconceito, e um preconceito falso que pode ter drásticas consequências já que sobre ele não se reflete, ficando por isso despercebido. O iluminismo, contudo, pensa poder situar-se num ponto de vista fora da história. (STEIN, Ernildo. **Dialética e Hermenêutica: Uma controvérsia sobre o método em Filosofia. Síntese**, vol.10, n.º29, 1983, Pp.21-48. P. 30)

⁷⁴HEIDEGGER, Martin. **Filosofía, Ciencia y Técnica**. 1997. Santiago de Chile: Editorial Universitario.

⁷⁵El hombre *habita* en el mundo. «Habitar» no es lo mismo que estar incluido en el repertorio de seres que hay en el mundo, no es simplemente estar «dentro» del mundo como un par de zapatos están dentro de su caja, ni siquiera poseer un mundo biológico propio como el murciélago o cualquier otro animal. Para nosotros los humanos, el mundo no es sencillamente el entramado total de los efectos y las causas sino la palestra llena de significado en la que *actuamos*. «Habitar» el mundo es «actuar» en el mundo; y actuar en el mundo no es solamente estar en el mundo, ni moverse por el mundo, ni reaccionar a los estímulos del mundo. El murciélago o cualquier otro animal *responde* a su mundo de acuerdo con un programa genético propio de las necesidades evolutivas de su especie. Los humanos no sólo respondemos al mundo que habitamos sino que también lo vamos inventando y transformando de una manera no prevista por ninguna pauta genética (por eso las acciones de los aborígenes australianos no son iguales a las de los aztecas o a las de los vikingos). Nuestra especie no está «cerrada» por el determinismo biológico sino que permanece «abierta» y creándose sin cesar a sí misma, como anunció. (SAVATER, Fernando. **Las Preguntas de la Vida**. Barcelona: Ariel, 1999. P. 42)

⁷⁶El lenguaje no es un medio ni una herramienta. Porque la herramienta implica esencialmente que dominamos su uso, es decir, la tomamos en la mano y la deja os una vez que ha ejecutado su servicio. No ocurre lo mismo cuando tomamos en la boca las palabras de un idioma y las dejarnos después de su uso en el vocabulario general que tenemos a nuestra disposición. Esa analogía es errónea porque nunca nos encontramos ante el mundo como una conciencia que, en un estado a-lingüístico, utiliza la herramienta del consenso. El conocimiento de nosotros mismos y del mundo implica siempre el lenguaje, el nuestro propio. Crecemos, vamos conociendo el mundo, vamos conociendo a las personas y en definitiva a nosotros mismos a medida que aprendemos a hablar. Aprender a hablar no significa utilizar un instrumento ya existente para clasificar ese mundo familiar y conocido, sino que significa la adquisición de la familiaridad y conocimiento del mundo mismo tal como nos sale al encuentro. (GAMAER, Hans-Georg. **Verdad y método. Tomo II**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. P. 147-148)

⁷⁷Los desarrollos de las ciencias de nuestro siglo han hecho visibles muchos presupuestos de la herencia cartesiana, y han puesto en discusión la inevitabilidad y la necesidad de su identificación con las tareas y los criterios del conocimiento y de la ciencia. Así, la idea de previsión, la ciencia como ciencia de lo general, la conciencia del tiempo como lugar de despliegue de la necesidad atemporal de las leyes dejan de ser criterios absolutos y definitorios de la cientificidad. Se delinea un itinerario que a través de las fisuras de la presunta necesidad de los límites cartesianos de la ciencia produce lo que podemos definir como desafío de la complejidad. (CERUTI,

complexidade da relação sobre a produção de saber que considera as imbricadas correlações sujeito-objeto⁷⁸ (“*la mente fue separada del cuerpo y se le assigno la futil tarea de controlarlo*”⁷⁹) direcionada no conhecimento: ordem-desordem, produziram, por vezes, simultânea e indistintamente, racionalidade, racionalismo, racionalizações a partir de uma proposição inicial totalmente absurda ou fantasmática, responsável por edificar uma construção lógica e dela deduzir todas as consequências práticas.⁸⁰ O conhecimento racional forma-se das experiências adquiridas que se tem com os objetos e com o sucesso do que se adere diariamente⁸¹, e pelo contrário, o que não pudesse ser explicado nenhum valor teria, subjazendo como razão fechada.⁸² A razão é a essência do homem, e junto a tradição clássica distinguiu:

Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 41)

⁷⁸[...] um pensamento sobre a produção de saber que considera as imbricadas correlações entre o sujeito e o objeto; o ‘antes’ que condiciona ao sujeito não é, primitivamente, o contexto (o objeto previamente construído), senão um primeiro outro. A separação cognitiva entre sujeito e objeto dependendo de uma primeira fratura entre o eu e o outro, que de um só golpe constitui ao indivíduo e ao mundo como coisas separadas. Logo segue a fratura entre sujeito e objeto como continuação. Uma fratura que não permite consolidar a identidade de um eu integrado (enraizado) em relações (autônomas) com os outros. É certo que teríamos outra ideia de ciência se partíssemos de identidades que se encontram para produzir realidades como devires. O entre-nós como circulação de sentidos. (WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, vol. I. P. 532)

⁷⁹El nacimiento de la ciencia moderna fue precedido y acompañado por una evolución del pensamiento filosófico que llevo a una formulación extrema del dualismo espíritu-materia. Esta formulación apareció en el siglo XVII en la filosofía de Rene Descartes, quien baso su visión de la naturaleza en una división fundamental, en dos reinos separados e independientes: el de la mente (res cogitas) y el de la materia (res extensa). Esta división cartesiana permitió a los científicos tratar a la materia como algo muerto y totalmente separado de ellos mismos, considerando al inundo material como una multitud de objetos diferentes, ensamblados entre sí para formar una maquina enorme. Esta visión mecanicista del inundo la mantuvo también Isaac Newton, quien construyo su mecánica sobre esta base y la convirtió en los cimientos de la física clásica. Desde la segunda mitad del siglo XVII hasta finales del siglo XIX, el modelo mecanicista newtoniano del universo domino todo el pensamiento científico. Fue paralelo a la imagen de un dios monárquico, que gobernaba el mundo desde arriba, imponiendo en el su divina ley. Así, las leyes de la naturaleza investigadas por los científicos fueron consideradas como las leyes de Dios, invariables y eternas, a las que el inundo se hallaba sometido. (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. P. 23-24)

⁸⁰MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 168 e 158.

⁸¹La abstracción es el rasgo crucial de este tipo de conocimiento, pues para comparar y clasificar la inmensa variedad de formas, estructuras y fenómenos que nos rodean, nos es imposible tomar en cuenta todos sus rasgos, por ello tenemos por fuerza que seleccionar unos pocos de los más significativos. De este modo construimos un mapa intelectual de la realidad, en el que las cosas están reducidas a sus rasgos más generales. El conocimiento racional constituye así, un sistema de conceptos y símbolos abstractos, caracterizado por una secuencia lineal y secuencial, típica de nuestro modo de pensar y de nuestro hablar. En la mayoría de los idiomas esa estructura lineal se evidencia en el uso de alfabetos que sirven para comunicar experiencias y pensamientos mediante largas líneas de letras. (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. P. 31)

⁸²A razão fechada que rejeita como inassimiláveis fragmentos enormes de realidade, que então se tornam a espuma das coisas, puras contingências. Assim, foram rejeitados: a questão da relação sujeito-objeto no conhecimento; a desordem, o acaso; o singular, o individual (que a generalidade abstrata esmaga); a existência e o ser, resíduos irracionalizáveis. Tudo o que não está submetido ao estrito princípio de economia e de eficácia (assim, a festa, opoüatch, o dom e a destruição suntuária são racionalizadas como formas balbuciantes e débeis da economia, da troca). A poesia, a arte, que podem ser toleradas ou mantidas como divertimento, não poderiam ter valor de conhecimento e de verdade, e encontra-se rejeitado, bem entendido, tudo aquilo que denominamos trágico, sublimo, irrisório, tudo o que é amor, dor, humor. (MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 167-168)

no homem o que é razão é o que é verdadeiramente humano, e no que não é razão - e que, por este fato, parece indigno do homem - instintos, sentimentos e desejo⁸³.

O Paradigma Científico da Complexidade poder-se-ia dizer que se apregoa de certo modo a um desconstrutivismo no modo de encarar os objetos, um modo de orientar-se negativamente, para *chegar um retorno das coisas mesmas*, inserindo assim na filosofia a vida prática⁸⁴ (facticidade) do existir.⁸⁵ Da (real) existência (*existenz*) no mundo, tudo isso passa a

⁸³WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 188.

⁸⁴La filosofía práctica no consiste en la aplicación de la teoría a la práctica, tal como lo llevamos a diario a cabo de la forma más natural en el ámbito de los quehaceres prácticos, sino que surge de la experiencia de la práctica misma gracias a lo que en ella hay de razón y de razonable. Y es que "praxis" no significa actuar según determinadas reglas o aplicar conocimientos, sino que se refiere a la situacionalidad más original del ser humano en su entorno, natural y social. En Grecia, las cartas se concluían con la fórmula con lo cual podemos traducir como "Que te vaya bien". Tampoco este *machen*, este hacer, es un hacer algo, sino que atañe a toda la situación vital de la persona a la que va dirigido este amable deseo. En una mirada así sobre la praxis se encuentra un sentido básico de comunidad y con-vivencia. [...] Como se sabe, Aristóteles desarrolló la idea de la filosofía práctica en contraposición a las matemáticas teleológicas de lo bueno de Platón, las cuales asoman tanto entre la narración mítica del Timeo como detrás del Filebo socrático. En el ámbito de las cosas humanas esta idea se corresponde con lo que Aristóteles contrapuso en el campo de las cosas naturales como metafísica a las meta-matemáticas platónicas. A pesar de todo, también la filosofía práctica tiene su base metafísica. Es distintivo del ser humano tener un "logos", poder elegir, tener que elegir y saber o tener que encontrar por ello "lo bueno", siempre dentro de una situación concreta. La expresión aristotélica para ello es: el ser humano posee, en tanto ciudadano libre, "prohairesis". Aristóteles distingue ahora dos formas en las que este saber de lo bueno encuentra su perfección: la "techne" y la "frónesis", que descansan sobre la diferencia entre "poiesis" y "praxis". Diferenciar esto pertenece por sí mismo al contenido de la filosofía práctica, y tiene lugar en el libro sexto de la *Ética* a Nicómaco. Conocer los medios necesarios para poder alcanzar objetivos dados y saber de esos medios es un saber de lo bueno, pues es saber de lo útil. Pero aunque se trata de una "techne" pues, lo bueno está supuesto en ello y como tal no se cuestiona. Ningún experto pregunta si su saber y pericia son buenos para la comunidad. Esto es más bien una cuestión de la práctica propia y política, la cual incluye el "saber de lo bueno" por la que esta práctica debe guiarse a la hora de tomar decisiones. -, ¿Y qué saber es este? Si se estudia la introducción del tema "filosofía práctica" al principio de la *Ética* a Nicómaco se obtiene una respuesta clara a esta pregunta. Ya la primera frase nombra de una tirada el "saber en general" y el saber concreto de lo bueno. La argumentación de esta introducción acaba entonces por incluir todo el y lo que así se expone es como quien dice un sistema de las ciencias prácticas. Si bien se afirma que el preguntar del individuo y su saber de lo bueno es algo con lo que en último caso hay que contentarse, mejor será saber de lo bueno para (todo) el pueblo y (todas) las ciudades. Sin embargo, el plural *nókmv* deja claro que con ello se trata la cuestión del "saber en general", y que aquí será tratada simplemente la ética individual⁶². Efectivamente, en lo que sigue sólo se debatirá, si bien sin entrar para nada en esta diferencia de ética individual y política, el carácter metódico de la filosofía práctica en tanto cuestión teórico-epistemológica. Pero lo que en realidad queremos saber es otra cosa más: ¿cómo se comporta esta ciencia práctica⁶³, ética o política, respecto al saber práctico que ejerce el individuo *hic et nunc*? Esto es algo que mientras tanto hemos aprendido de la continuación de la *Ética* a Nicómaco (libro Z), que la "praxis" no es ni "poiesis", ni "frónesis" ni "téchne", y recordamos también que Aristóteles habla expresamente del carácter razonable del político y hombre de estado, carácter que no se adquiriría asistiendo y aprovechando las clases que sobre "política" impartía el mismo Aristóteles, de lo cual, por lo demás, el mismo Aristóteles era muy consciente. Si la filosofía práctica se comprende acertadamente a sí misma no puede tratarse de una relación entre teoría y aplicación "técnica". (GADAMER, Hans-Georg. **El Giro Hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1998. P. 183-184 e 187-188)

⁸⁵La filosofía, pues, debe volver sobre la esencial correspondencia entre ser y hombre, ya que ése es nuestro lugar de permanencia, aunque sólo en raras ocasiones se traduce en una conducta que asumamos y despleguemos en propiedad. No hay que razonar o descubrir causalmente esa correspondencia; simplemente hay que mostrarla y aceptarla como un don. Las cosas son, tienen ciertas cualidades objetivas; en cambio, el ser no es, no es susceptible de ninguna determinación positiva, sino que se da de una forma completamente anónima e impersonal. Esa donación no implica deuda y, sin embargo, compromete a quien la recibe en forma de un acontecimiento que se apropia de nosotros. Éste es el sentido que cabe dar a la expresión *Ereignis* en cuanto fenómeno que señala la originaria copertenencia, la fusión indisoluble de ser y hombre. El ser es quien posibilita el aparecer de las cosas

demonstrar a significância e o significado das coisas que se se satisfazem nestas distinções qualitativas reconhecidas, modeladas pela *cultura e pela linguagem*, percebidas pelas pessoas em sua vida diária no mundo em que se fazem existir, significados e práticas adquiridos no mundo de que fazem parte.⁸⁶ A hermenêutica pretende encontrar nessas manifestações a constância de algo possibilitando suas ocorrências: a problemática do *sentido*. O universo hermenêutico conforma-se assim pela própria totalidade da vida humana, na qual nos movemos por constantes interpretações.

O Paradigma Científico da Complexidade melhor reflexiona um diálogo que se faz imprescindível para que os saberes possam conviver e se complementar reformulando e dando novos rumos ao conhecimento científico. Neste norte a transdisciplinaridade afirma que há algo além da racionalidade, que a intuição traz um saber revolucionário e poético introduzindo assim uma nova realidade. A razão aberta não é a rejeição, mas o diálogo com o irracional; e de outro pode e deve reconhecer irracional: o ser e a existência não são nem absurdos, nem racionais; eles são⁸⁷. A racionalidade complexa, e assim melhor adequa-se com todas as complexidades internas (do ser humano) e as complexidades externas (da sociedade, e da natureza)⁸⁸ determina deste modo, uma consciência cada vez maior das limitações que correm na relação entre consciência e conhecimento, limitações infinitas e também fontes de surgimento do novo⁸⁹. A

y de los hombres, pero simultáneamente el ser como iluminación no se produciría sin el hombre. (HEIDEGGER, Martin. **¿Que es la Filosofía?** Barcelona: Herder, 2005. P. 19-20)

⁸⁶La fenomenología interpretativa intenta desarrollar un entendimiento e interpretación del ser humano basados en sus compromisos, significados y prácticas. Sin embargo, los seres humanos como seres históricos, situados y multifacéticos son comprendidos en aspectos finitos y específicos. Comprender o entender a los seres humanos exige escuchar sus voces, sus historias y experiencias. Ver y decir lo que es y lo que no es, lo que Benner en 1994, llamó entendimiento oposicional, no es suficiente para interpretar las experiencias humanas porque dan un entendimiento incompleto de éstas. La ética de los investigadores interpretativos se basa en el respeto por la voz y la experiencia descrita en el texto (por la persona participante). La ética guía es ser verdadero frente al texto o las voces de los participantes. (ESPITIA, Edelmira Castillo. **La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenómenos Humanos**. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponible em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 22/01/2018)

⁸⁷MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 167-168.

⁸⁸VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 11-12.

⁸⁹CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 42.

⁹⁵, que do encontro com o outro, faz com que nasça as relações conflituosas^{96,97}: “*A mundanidade do homem, já pela revelação do mundo na instauração da intersubjetividade, implica a reciprocidade relacional, o “fazer compartilhado” que possibilita a exigibilidade, explicando-se como, tomando-se esta como a “verdadeira perspectiva da justiça”, figura a intersubjetividade como condição incontornável do direito...*”⁹⁸: “*A hermenêutica filosófica, a*

la subsistencia. Y aunque el destino social, o simplemente la mala suerte, haya puesto una cota, aunque falte la fuerza para aunar la enorme complejidad de los materiales necesarios para las interrogaciones básicas, aunque (a fortiori) falten fuerzas para abrirse a espacios de interrogación aún no explorados, el haber osado afirmarse como ser pensante confiere ya una suerte de legitimidad. Hasta el último aliento se trata de pensar ... pensar al menos lo que pensar significa (PIN, Víctor Gómez. **Filosofía**. Interrogaciones que a todos conciernen. Madrid: Espasa, 2008. P. 171-307-309)

⁹⁵Resumiendo: el lenguaje dirige e incluye en sf todo el orden estructural de la vida humana del movimiento y de los sentidos en su incomparable estructura especial. En el lenguaje se perfecciona la dirección hacia la descarga de la presión del aquí y ahora, y de la reacción inmediata a lo casualmente presente. En el culminan los procesos experimentales de la comunicación: se domina productiva y suficientemente la apertura al mundo y se hace posible una infinitud de esbozos de acción y de planes. En el se enderra toda comprensión entre los hombres siguiendo la misma dirección hacia una actividad común, un mundo común y un futuro común. (GEHLEN, Arnold. **El Hombre**. Su Naturaleza y su Lugar em el Mundo. 2ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987. P. 57)

⁹⁶¿Qué hace falta para que los ciudadanos de una sociedad acaben odiando a los ciudadanos de otra hasta el punto de querer segregarlos, atormentarlos, incluso matarlos? Hace falta una «imaginación hostil», una construcción psicológica implantada en las profundidades de la mente mediante una propaganda que transforma a los otros en «el enemigo». Esta imagen es la motivación más poderosa del soldado, la que carga su fusil con munición de odio y de miedo. La imagen de un enemigo aterrador que amenaza el bienestar personal y la seguridad nacional da a las madres y a los padres el valor para enviar a sus hijos a la guerra y faculta a los gobiernos para reordenar las prioridades y convertir los arados en espadas de destrucción. Todo (ZIMBARDO, Philip. **El Efecto Lucifer**: el porqué de la maldad. Barcelona: Paidós, 2008. P.11)

⁹⁷Os níveis mais animais e automáticos da personalidade do homem não são nem mais nem menos importantes para a compreensão da conduta humana do que seus controles. O que importa, o que determina a conduta, são os equilíbrios e conflitos entre as pulsões maleáveis e os controles construídos sobre as pulsões. Decisivos para a pessoa, como ela se nos apresenta, não são nem o “id” sozinho nem o “ego” ou o “superego” apenas, mas sempre a *relação* entre esses vários conjuntos de funções psicológicas, parcialmente conflitantes e em parte cooperativas, na maneira como o indivíduo dirige sua conduta. São elas, essas relações *dentro* do homem entre as paixões e sentimentos controlados e as agências controladoras construídas, cuja estrutura muda no curso de um processo civilizador, de acordo com a estrutura mutável dos relacionamentos *entre* seres humanos individuais na sociedade em geral, que têm importância. No curso desse processo, para dizer isto em breves palavras e de modo até simplificador, a “consciência” torna-se menos permeável às pulsões e as pulsões menos permeáveis à “consciência”. Em sociedades mais simples, impulsos básicos, como quer que sejam transformados, têm acesso mais fácil à reflexão do homem. No curso de um processo civilizador, a compartimentação dessas funções de direção de si mesmo, embora de modo nenhum absoluta, torna-se mais pronunciada. (ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. Volume 2. Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. P.237)

⁹⁸Intersubjetividade como coexistência no mundo em que se exprime (culmina) a condição social do homem. Tratando da condição mundanal da emergência do direito, A. Castanheira Neves refere muito rapidamente à diferença entre direito e moral, que esta dimensão permite já vislumbrar. Assim, enquanto a moral “poderá ser apenas ad alterum e de sentido puramente imperativo (isto é, com a exclusiva categoria do «dever») que se exprime como «mandamento» (...) o direito não poderá deixar de se manifestar numa bilateralidade atributiva⁴³ (isto é, com as correlativas categorias de «direito» e «dever», de responsabilidade e «obrigação»”. Se “a ética postula a relação puramente de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa com abstração do mundo” (...) “o direito, de modo diferente, postula a relação de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa pela mediação (fruidora, repartidora ou funcional) do mundo”. Essa passagem merece uma exegese particularmente detida, especialmente para que não traia a referência à “abstração do mundo” implicada na moral: o Jurisprudencialismo não pode conceber o homem sem mundo e assim a vida e o agir ético sem mundo; o homem é sempre flagrado em sua (como sendo a sua) abertura ao mundo. Sem mundo não há sentido, pois todo significado apenas emerge no mundo e tampouco a intersubjetividade, que é condição ontológica da ética assim como do direito, não se dá senão sob a condição mundana. A referência distintiva entre direito e moral – declarada decisiva pelo Autor – deve ser interpretada no sentido aristotélico da definição de justiça estrita como dizendo respeito à relação entre os homens mediada pelas

partir de sua afinidade com a filosofia prática, está, então, ligada ao mundo prático da vida, no qual se encontra sempre em questão a relação com o outro como algo ‘originário’, presente em todo proceder (ou compreender) de nossa existência, seja na leitura de um livro, em uma discussão, uma situação ética qualquer, etc.”⁹⁹

Assim, a hermenêutica filosófica ocorre de modo pleno enquanto *diálogo*, pois é a relação com o outro que desdobra o espírito absoluto no *real*.¹⁰⁰ A comunicação do homem com outros homens (intersubjetividade) resulta da universalidade interna das linguagens

coisas. Aristóteles formulara assim a distinção entre a justiça e as demais virtudes éticas: “Em vista do que se distinguem, então, a excelência e a própria justiça? É evidente a partir do que foi agora dito: que elas são, enquanto disposições de um mesmo género, idênticas, mas diferentes no modo de se manifestarem. A justiça manifesta-se como disposição relativamente a outrem; a excelência manifesta-se, como uma certa disposição, de forma absoluta”. Em sentido estrito, a justiça comparece como hábito (disposição – heixis) de dar a cada um o que é eu, e a injustiça como uma espécie de ganância (um querer mais do que cabe a si). Será justo dar a cada um o seu, seja na justiça distributiva (em que se trata de “honra ou riqueza bem como de tudo quanto pode ser distribuído em partes pelos membros de uma comunidade”) seja na justiça correctiva (a qual (...) “aplica-se nas transacções entre indivíduos”, sejam “transacções voluntárias ou involuntárias. Assim, voluntárias são transacções como a venda, a compra, empréstimo a juro, a penhora, o aluguer, o depósito, a renda (chamam-se voluntárias porque o princípio que preside a tais transacções é livre). De entre as transacções involuntárias, umas são praticadas às escondidas (...) outras são também violentas (...); em todo caso será a justiça um resguardar a igualdade com respeito à distribuição de algo (“é necessário, por conseguinte, que a justiça seja um meio e uma igualdade por relação com qualquer coisa, bem como relativamente a algumas pessoas”), razão pela qual a equação (comparação) envolverá sempre quatro termos: duas pessoas e duas coisas, coisas a distribuir entre pessoas proporcionalmente, conforme o imperativo da equidade. Ao passo em que, nas demais excelências – isto é, na moral no sentido contemporâneo – já não é essencial essa mediação das coisas, mas a relação homem a homem, simplesmente, sem mais. Sem mediação das coisas mas não sem mundo, pois a condição mundanal é de toda forma requeridyoua, seja no direito, seja na moral, apenas especificando-se o direito (no texto de A. Castanheira Neves sob comentário) por dizer ele respeito ao modo da comum fruição do mundo, da sua repartição – isto é, ao modo como acedemos às coisas (sejam bens da riqueza sejam honras), ou sobre como nos portamos (devemos portar) frente aos outros com respeito às coisas. Tanto o direito como a moral dizem da constituição do mundo – participam dela – como a requerem: são mundo. (COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. O Princípio Ontológico da Historicidade Radical e o Problema da Autonomia do Direito: Ensaio da Aproximação Filosófico do Jurisprudencialismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n.º 47, 2005, Pp. P.217-247. P.234-236)

⁹⁹Portanto, a tarefa da hermenêutica filosófica é a de tornar clara a dimensão prática presente em todos os âmbitos da vida concreta. Para isso, é necessário esclarecer “aqui e agora” o sentido da práxis e sua atual relação com a vida humana como um todo. [...] De modo diferente dos animais, a práxis humana está relacionada às decisões particulares. É por isso que Gadamer afirma que a vida humana se forma pela prohairesis (antecipação e escolha prévia). A condução da vida é, assim, regida pela livre escolha diante das regras comunitárias. Em outras palavras, para Aristóteles, o homem tem o saber prático como guia de sua ação diante dos princípios comuns com os quais toda comunidade se relaciona (BATISTA, Gustavo Silvano. **Hermenêutica e Práxis em Gadamer**. Rio de Janeiro: Puc,-Rio, 2007. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia Puc-Rio. 99p. 61-62)

¹⁰⁰A hermenêutica filosófica acontece de modo pleno enquanto diálogo, ou seja, enquanto dialética dialógica. Na perspectiva hermenêutico-filosófica a relação com o outro precede em ordem de importância não apenas a atividade unilateral e experimental realizada pelo eu, assim como é anterior ao desdobramento do espírito absoluto no real, pois “a possibilidade de o outro ter razão é a alma da hermenêutica”. O ponto arquimediano no qual repousa e se constitui o diálogo hermenêutico é a relação [Zwischen] com o outro, uma vez que não somos ab-solutos e viver ‘é plural’. Ao justificar o diálogo hermenêutico enquanto uma dialética dialógica estaremos apontando os limites da dialética sintética, que, enquanto método, acaba por ser subsumida no sistema eliminando a historicidade, a liberdade e o próprio sujeito. Partimos do ponto segundo o qual não é uma razão anônima ou uma dialética teleológica que desemboca numa síntese finaldefinitiva que move e possibilita o acontecer da hermenêutica filosófica, mas a pretensão de correção e de conversão desse modelo de dialética em diálogo. (ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica uma Configuração entre Amizade Aristotélica e a Dialética Dialógica**. **Revista de Filosofia Síntese**, Belo Horizonte, v. 31, n.º 100, 2004. P. 192-193)

ordinárias, pela estreita ligação entre linguagem, ser e compreender. Desse modo “*Qualquer comunicação do homem com outros homens é, em última instância, um processo de tradução, de fusão de horizontes uma incorporação do estranho no que é próprio.*”¹⁰¹

Fica claro que fenômeno conflitológico de interesses tem no próprio *existir humano* e nas interações da sociedade¹⁰² o seu nascedouro, sendo fenômeno inerente à condição da

¹⁰¹Esse processo da compreensão é essencialmente interminável, porque o homem não consegue reduzir, através de sua razão finita, a totalidade do que é compreensível, a um conceito. E contudo, constitui propriedade da linguagem uma universalidade interna, porque "ser que pode ser compreendido é linguagem". Podemos arrolar ainda um quarto argumento para afirmar a universalidade da hermenêutica filosófica. Este argumento é apresentado por Gadamer no seu ensaio *Retórica, hermenêutica e Crítica das ideologias*, quando estabelece uma espécie de paralelo entre retórica e hermenêutica. A retórica tem seu lugar em qualquer domínio, também no domínio científico. "A presença da retórica é ilimitada. Só através dela, a ciência se converte em um fator social da vida humana. Que saberíamos nós da física moderna que tão visivelmente transformou nossa existência, apenas através da física; todas as apresentações da física que ultrapassam os círculos dos especialistas devem sua ação ao elemento retórico que as sustenta". Ora, não haveria retórica sem hermenêutica. (STEIN, Ernildo. **Dialética e Hermenêutica**: Uma controvérsia sobre o método em Filosofia. **Síntese**, vol.10, n.º29, 1983, Pp.21-48. P. 35)

¹⁰²Lo más seguro que sé respecto a mí es que soy un ser parlante, un ser que habla (¡consigo mismo, para empezar!), alguien que posee un lenguaje y que por tanto debe tener semejantes. ¿Por qué? Porque yo no he inventado el lenguaje que hablo -me lo han enseñado, inculcado- y porque todo lenguaje es público, sirve para objetivar y compartir lo subjetivo, está necesariamente abierto a la comprensión de seres inteligentes... hechos a mi imagen y semejanza. El lenguaje es el certificado de pertenencia de mi especie, el verdadero código genético de la humanidad. (SAVATER, Fernando. **Las Preguntas de la Vida**. Barcelona: Ariel,1999. P. 26-30)

existência humana¹⁰³ e marca, desde que o homem é homem, as relações intersubjetivas em sociedade¹⁰⁴, em virtude do fluxo caótico dos fenômenos naturais e humanos.¹⁰⁵

Ao manifestar a existência via linguagem, o homem cria uma gama de artificialidades e articula as axiologias pessoais e sociais, bem como projeta a existência pessoal e simbólica do

¹⁰³A analítica temporal da existência (Dasein) humana, que Heidegger desenvolveu, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (Dasein). O conceito "hermenêutica" foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo. Que o movimento da compreensão seja abrangente e universal, não é uma arbitrariedade ou uma extrapolação construtiva de um aspecto unilateral, mas está, antes, na natureza da própria coisa. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 16-17)

¹⁰⁴En esta reflexión sobre las interrogaciones que, por elementales, conciernen a toda la humanidad, es obviamente clave la cuestión que vincula el origen de la humanidad y el origen del lenguaje. Pues no hay proyecto de mayor dignidad que el consistente en asentar sobre base racional el singularísimo hecho del lenguaje, es decir, tal como lo he presentado, un conjunto limitado de elementos fonéticos que abren la vía a un conjunto potencialmente infinito de elementos de significación. No hay cuestión de mayor dignidad que la del origen de esa suerte de filtro que mediatiza toda presencia exterior e interior y que, en razón de ello, parece realmente tener la dignidad de ese verbo que, según el mito, un día tomó forma de hombre. No cabe racionalmente discutir sobre si el verbo se hizo carne, pero siendo, como es, indiscutible que nosotros somos carne convertida en verbo, cabe perfectamente preguntarse cómo tal cosa ocurrió. Cabe preguntarse por la razón de que en el registro genético se operara esa revolución por la cual a los instintos que reflejan simplemente la tendencia de la vida a perseverar, se sumó ese «instinto de lenguaje» al que se refiere Steven Pinker, es decir: Tendencia no meramente a perseverar, sino a perseverar loquens; tendencia no tanto a conservar la vida, como a conservar una vida impregnada de palabra. El carácter subversivo de este nuevo instinto se refleja en el hecho de que puede llegar a no ser compatible con los instintos directamente vitales, tal como sucede cuando, bajo amenaza de tortura o muerte, un hombre no traiciona convicciones forjadas a través de una palabra compartida. Apostar por una legitimación genética de la hipótesis según la cual el hombre, y solo el hombre, posee un dispositivo que lo hace vehículo del lenguaje, equivale a apostar por una palabra no hipotecada a referencia trascendente. Palabra quizás sin Dios, pero no por ello palabra menos portadora de una promesa de plenitud Fruto de la palabra es el hecho de que, con plena lucidez, repudiando toda esperanza incompatible con el buen juicio, podamos sentir que nos motivan objetivos no subordinados al mero hecho de vivir; podamos sentir que la finitud inherente a la materia y por consiguiente a la genética, siendo lo inevitable, no es sin embargo lo único que cuenta; servir que la palabra sin Dios no necesita contar entre sus metas el salvarnos del pecado, porque precisamente restaura un mundo libre del pecado; sentir, en suma, lo que en un instante afortunado experimentó Paul Éluard, a saber, que el mundo «es azul como lo es una naranja». (PIN, Víctor Gómez. **Filosofía**. Interrogaciones que a todos conciernen. Madrid: Espasa, 2008. P. 141-143)

¹⁰⁵El flujo caótico de los fenómenos (naturales y humanos), la complejidad del mundo (sensible y social), son tales, que el análisis no puede abordarlos sin una actividad previa que simplifique. Es inevitable sin una actividad previa que simplifique. Es inevitable que nuestro pensamiento separe en ese flujo, en esa superposición, determinados sectores, uno de los cuales será destacado. La reflexión comenzará por él. El problema de la reducción es también el del comienzo. Dicho de otro modo, a partir del “flujo heracliteano” de la diversidad ilimitada de las comprobaciones y de los enunciados posibles, hace falta un principio o unos principios, un punto de partida. El pensamiento debe introducirse en el mundo (aunque se admita que las leyes estructuras del pensamiento o las del lenguaje corresponden a las leyes y estructura de los fenómenos y de las “cosas”, o las “reflejan”). De lo inconsistente “es necesario” extraer lo sólido; a partir de lo confuso “debemos” (imperativos teóricos, de las exigencias éticas) llegar a lo distinto; a partir de lo inmediato – de lo sensible en su riqueza y su pobreza – hay que llegar a los conceptos, es decir, a la captación de lo concreto. (LEFEBVRE, Henri. **Lenguaje y Sociedad**. Buenos Aires: Proteo, 1967. P. 129)

mundo.¹⁰⁶ Assim a linguagem¹⁰⁷ forma as relações intersubjetivas¹⁰⁸ «*No es exagerado afirmar que la caída de la laringe ha permitido el ascenso de la humanidad*», afirma al respecto un lingüista contemporáneo. Para completar este apartado véanse los anexos técnicos «Un gen

¹⁰⁶Detrás de las culturas hay lenguajes de sentido articulados como visiones del mundo, (cosmovisiones), las cuales representan nuestros valores proyectados, así pues nuestra axiología compartida. Estas visiones del mundo son realmente mitologías y, por lo tanto, se constituyen en imaginarios proyectados por nosotros a partir de nuestras experiencias simbólicas en el mundo. Las visiones del mundo configuran las auténticas implicaciones del sentido que explican) o dejan comprender nuestras actitudes fundamentales, las pautas existenciales, las claves de la conducta colectiva o individual. Por eso conviene tomar consciencia de esas cosmovisiones, porque de lo contrario se nos cuecen inconscientemente y, por lo tanto, acríticamente; de este modo consciente podemos tomarlas como lo que son, proyecciones del hombre sobre el hombre y su mundo. En realidad todo nuestro entramado cultural (arte y ciencia, religión y derecho, filosofía y política) es «mitológico» en el sentido de que resulta de nuestra proyección humana o demasiado humana, de modo que hay que proceder a su esdrújulo hermenéutico para relativizar su presunta absolutez, así como para dilucidar su intencionalidad secreta, sus aspectos latentes, oscuros u oscurantistas, o bien emancipadores y liberadores; aunque en propiedad toda cosmovisión resulta ser a la postre ambivalente y, en consecuencia, positiva y negativa..., de donde la necesidad de diferenciarlas (auto)críticamente. (OSÉS, Andrés Oniz. **Amor y Sentido**. Una hermenéutica simbólica. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. P. 12)

¹⁰⁷La cuestión de encontrar una base genética para la lengua humana seguramente es uno de los mayores desafíos tanto para la ciencia como para la filosofía. Antes he relacionado este problema con otro más genérico, a saber, el de encontrar un conjunto de rasgos que fuera especificador, es decir, que confiriera una naturaleza a los seres humanos. Este objetivo a menudo conlleva una tendencia (más o menos oculta) a singularizar verticalmente nuestra especie frente al resto de seres vivos. Y esto podría ser fuente de alguna confusión: Una cosa es afirmar que el género humano tiene rasgos característicos que, de hecho, están implicados en la definición misma de cada especie; otra, es decir que estos rasgos singularizan absolutamente la especie humana; y una tercera muy distinta es pretender que la singularidad de la especie humana viene de algún diseño trascendente. Si afirmamos que en el periodo Cuaternario reciente, en el fondo común de los Anthropeida, el mono del viejo mundo (old world monkey) se diferenciaba del mono del nuevo mundo (por la polaridad A - A') y del simio (por la polaridad B - B'), situamos el problema de la especificación en nivel horizontal. Permanecemos en nivel horizontal si simplemente añadimos por nuestra cuenta las polaridades genéticas que determinan diferencias morfológicas entre el simio Pongidae y el homínido Homo erectus. ¿Permanecemos en el nivel horizontal cuando afirmamos que Homo sapiens se diferencia del chimpancé por los rasgos genéticos que otorgan al primero un dispositivo de adquisición de lenguaje? Eso dependerá, por supuesto, del concepto que tengamos del lenguaje. Si por lenguaje entendemos algo que nos permite la narración o la lírica, si entendemos un juego finito de elementos fonéticos que, sin embargo, abren la puerta a un juego potencialmente infinito de entidades semánticas, si entendemos una forma modular que cubre todo el ser humano, en suma, si por lenguaje entendemos algo que no es reducible a un mero código de señales ... entonces sí podemos afirmar que la lengua nos diferencia verticalmente de las otras especies. Para mostrar las implicaciones que un Dispositivo de Adquisición de Lenguaje genéticamente determinado tiene para el comportamiento humano, Steve Pinker forjó la expresión «instinto de lenguaje». Cuando hablamos de instinto de lenguaje no expresamos lo mismo que cuando nos referimos al instinto de conservación, ni individual (alimentación) ni específico (que es la raíz de la sexualidad). El instinto de lenguaje es una tendencia no simplemente a permanecer, sino a permanecer loquens; no simplemente a mantener la vida, sino a mantener (de manera individual o específica) una vida impregnada por la palabra. El mito bíblico cuenta que ... el verbo se hizo carne. La apuesta para encontrar una base genética del lenguaje mantiene intacta la fuerza del mito, ya que el desafío consiste en encontrar la base científica que permitiría conferir la singularidad vertical a la especie humana (PIN, Víctor Gómez. **Filosofía**. Interrogaciones que a todos conciernen. Madrid: Espasa, 2008. P. 13-139)

¹⁰⁸Del mismo modo, la relación del ser-ahí con sus semejantes, con los otros ser-ahí o seres humanos, también forma parte del ser-en-el-mundo. Pero la relación del ser-ahí con estos otros entes que son semejantes a él, que no son útiles manejables, va más allá del cuidarse de ellos, es un preocuparse por ellos, que genera lo social y sus instituciones, y que surge a partir del carácter originario del ser-ahí como ser-con. En la relación con los demás no hay dos sujetos que estén juntos, un yo que se complete con un tú, sino un ser-nosotros originario. Aunque también es cierto que esta dimensión intersubjetiva se ve fuertemente limitada por el hecho de que la existencia propia o auténtica es finalmente asunto de uno solo, que es cada ser-ahí que existe proyectándose o cuidándose, mientras que la existencia impropia o inauténtica, la caída se identifica con las excesivas concesiones a la intersubjetividad. (DIÁZ, Vicente Lozano. **Hermenéutica y Fenomenología**: Husserl, Heidegger y Gadamer. Valencia: Edicep, 2005. P. 55-56)

*determinante de la palabra y del lenguaje» y «Variabilidad genética como criterio para interpretar la evolución y el origen de nuestra especie».*¹⁰⁹ Graças à linguagem, contam aos humanos aquelas coisas que ja não existem, ou que, todavia, nunca existiram, inclusive as que não podem existir.¹¹⁰

¹⁰⁹Compartimos con otros animales ciertos órganos que tienen una función biológica bien definida. El tórax, la garganta o los dientes son partes del organismo formados en función de las necesidades fisiológicas, y evolucionaron mejorando la capacidad de adaptación del ser humano. Ciertamente la función principal de los pulmones es transformar el oxígeno en dióxido de carbono, y la de los dientes, masticar, y no facilitar la articulación de sonidos. Sin embargo, la forma y la ubicación de algunos órganos no podría explicarse fácilmente si nos remitiéramos tan solo a la evolución encaminada a la lucha por la supervivencia. Esto ya lo habían notado el psicolingüista Eric Lenneberg y sus colegas hace casi cuarenta años. Lenneberg mostró que, mientras la mayoría de los órganos se desarrollaron para servir a funciones vitales, como la respiración o la digestión, algunos de ellos empezaron a ejercer otras funciones, y esto fue aumentando progresivamente. Estas funciones estaban relacionadas con la capacidad de articulación del discurso, aunque ello tuviera un cierto grado de incompatibilidad con las primitivas. Los órganos que se desarrollaron para posibilitar la articulación se hicieron anatómicamente muy diferentes, comparados con los mismos órganos de cualquier especie aún estrechamente relacionada con nosotros, como la de los chimpancés. La laringe fue propuesta como un ejemplo magnífico de las transformaciones causadas por este segundo criterio evolutivo. Es sabido que la laringe es un órgano esencial en la articulación del lenguaje aunque esta no fuera su originaria función. Su localización y estructura estaban ya determinadas. En otros animales, la laringe desempeña un papel esencial a la hora de proteger la tráquea y los pulmones de los trozos de alimentos que caen a lo largo del tubo faríngeo. Las cuerdas vocales de la laringe hacen de trampilla, y si ocurriese un accidente, estas controlarían el aire en la explosión de los pulmones al toser y expulsar los pedazos de alimentos potencialmente peligrosos. Esta función tan esencial quedó relegada (en el caso humano) a un segundo término, y el órgano evolucionó en su localización y estructura de tal modo que ya no es eficaz ante una eventualidad como la señalada. De hecho, la laringe humana parece formada y localizada para el discurso, y su objetivo original tendría hoy tan solo un papel secundario. La posición de la laringe humana es quizás la diferencia más pronunciada en relación con otros mamíferos, chimpancés y gorilas incluidos. En otros mamíferos, la laringe se localiza en lo alto, justo detrás de la lengua. En nosotros, sin embargo, se ubica más abajo y, por consiguiente, las cuerdas vocales son incapaces de detener los restos de alimento en cuanto dejan la boca. De ahí que seamos los animales mayormente susceptibles de atragantarnos al comer. Dada esta amenaza potencial, la pregunta surge: ¿por qué la naturaleza se desarrolla de un modo tan destructivo para nuestra especie? La respuesta se encontraría en la ventaja que la posición inferior implica para la articulación de fonemas. Esta singular ubicación ha permitido la constitución de la faringe, que une la parte posterior de la boca con la apertura de cuerdas vocales, y que favorece el discurso de dos modos: 1) Incrementando la resonancia, la cual en otros animales se debe exclusivamente a las cavidades nasales u orales. 2) Permitiendo la emisión de los sonidos «guturales», muy importantes en algunas lenguas, como el árabe. «No es exagerado afirmar que la caída de la laringe ha permitido el ascenso de la humanidad», afirma al respecto un lingüista contemporáneo. Para completar este apartado véanse los anexos técnicos «Un gen determinante de la palabra y del lenguaje» y «Variabilidad genética como criterio para interpretar la evolución y el origen de nuestra especie» (PIN, Víctor Gómez. **Filosofía**. Interrogaciones que a todos conciernen. Madrid: Espasa, 2008. P. 135-137)

¹¹⁰Sobre todo, por la existencia del *lenguaje*. El lenguaje humano (*cualquier* lenguaje humano) es más profundamente distinto de los llamados lenguajes animales que la propia fisiología humana de la de los demás primates o mamíferos. Gracias al lenguaje cuentan para los humanos aquellas cosas que ya no existen, o que todavía no existen... ¡incluso las que no pueden existir! Los llamados lenguajes animales se refieren siempre a las finalidades biológicas de la especie: la gacela previene a sus semejantes de la cercanía del león o de un incendio, los giros de la abeja informan a sus compañeras de panal de dónde y a qué distancia se hallan las flores que deben libar, etc. Pero el lenguaje humano no tiene un contenido previamente definido, sirve para hablar de cualquier tema -presente o futuro-, así como para inventar cosas que aún no han ocurrido o referirse a la posibilidad o imposibilidad de que ocurran. Los significados del lenguaje humano son *abstracciones*, no objetos materiales. [...] Y sin embargo este tipo de reflexiones forman parte esencial de lo que llamamos el «mundo» de los humanos. Los llamados lenguajes animales (tan radicalmente distintos del nuestro que francamente parece abusivo denominarlos también «lenguajes») mandan avisos o señales útiles para la supervivencia del grupo. Sirven para decir lo que hay que decir, mientras que lo característico del lenguaje humano es que sirve para decir lo que *queremos* decir, sea lo que fuere. Este «querer decir» es precisamente lo esencial de nuestro lenguaje. Cuando oímos una frase en un idioma desconocido nos preguntamos *qué querrá decir*. Puede que no sepamos esa lengua, pero lo que sabemos muy bien es que esos sonidos o esas letras escritas revelan una voluntad de comunicación que las hermana con la

Já foi demonstrado que a natureza humana não é boa por natureza, mas é circunstancialmente boa e ruim, havendo *tanto a banalidade do bem como a do mal*^{111,112}: as circunstâncias da vida em que o homem se encontra marcam as voltas do ser e quebram a imagem teológica do homem, bem como da razão, pois o ser por vezes é racional, e em tantas outras é irracional em seus atos. O principal problema do diálogo é conseguir ver o outro como outro: para ser capaz de conversar é preciso saber escutar.¹¹³

lengua que nosotros mismos manejamos. El hecho de compartir la posesión de un lenguaje (de un *querer decir* sin referencia vital clausurada, que puede hablar de lo posible y de lo imposible, de lo actual, lo pretérito o lo porvenir, que puede tratar incluso del habla misma -como estamos haciendo aquí, como ningún otro animal puede hacer- y sirve para debatir argumentos, mientras que los animales avisano o amenazan pero no «discuten») es el rasgo específico más propio de nuestra condición (junto al sabernos mortales): tiene mucha más importancia eso que nos asemeja a cualquier otro ser humano, la capacidad de hablar, que lo que nos separa, el utilizar idiomas diferentes. [...] Como hemos apuntado, lo característico del lenguaje humano no es permitir expresar emociones subjetivas -miedo, ira, gozo y otros movimientos anímicos que también suelen revelarse por gestos o actitudes, como puede hacer cualquier animal- sino *objetivar* un mundo comunicable de realidades determinadas en el que otros participan conjuntamente con nosotros. A veces se dice que una mueca o un encogimiento de hombros pueden ser más expresivos que cualquier mensaje verbal. Quizá sean más expresivos de lo que nos pasa interiormente pero nunca comunican mejor lo que hay en el exterior. La principal tarea del lenguaje no es revelar al mundo mi yo sino ayudarme a comprender y participar en el mundo. Gracias al lenguaje, los humanos no habitamos simplemente un medio biológico sino un mundo de realidades independientes y significativas incluso cuando no se hallan efectivamente presentes. [...] Desde luego, el lenguaje humano está también rodeado de enigmas... ¿como todo lo que nos interesa de verdad! El primero de ellos es el propio *origen* del lenguaje. Si lo distintivo de los humanos es la palabra, ¿cómo llegamos a obtenerla? ¿Inventaron los primeros humanos el lenguaje? Entonces es que ya eran humanos desde antes de tenerlo, pero humanos sin lenguaje, lo cual contradice todo lo que sabemos hoy sobre nuestra especie. ¿Fueron unos primates prehumanos los inventores del habla? ¿Pero cómo pudieron esos animales desarrollar un mundo simbólico tan alejado de la animalidad como tal, hazaña que parece requerir la inteligencia plenamente evolucionada que suponemos brotada precisamente del intercambio lingüístico? En fin, que si es el lenguaje lo que nos hace humanos, los humanos no han podido inventar el lenguaje... ¡pero aún nos resulta más increíble que lo inventasen otros animales, o que nos lo enseñaran unos extraterrestres llegados hace milenios (¿cómo empezaron a hablar tales extraterrestres?) o unos dioses con aficiones gramaticales! Lo más cuerdo -aunque tampoco demasiado clarificador- es suponer que se dio una interacción entre comienzo del lenguaje y comienzo de la humanidad: ciertos gritos semianimales fueron convirtiéndose en palabras y *a la vez* ciertos primates superiores fueron humanizándose cada vez más. [...] Los mitos, las religiones, la ciencia, el arte, la política, la historia, desde luego también la filosofía... todo son *sistemas simbólicos*, basados en el sistema simbólico por excelencia que es el lenguaje. La vida misma, que tanto apreciamos, o la muerte, que tanto tememos, no son sólo sucesos fisiológicos sino también procesos simbólicos: por ello algunos están dispuestos a sacrificar su vida física en defensa de sus símbolos vitales y hay muertes simbólicas a las que tememos aún más que al mero fallecimiento de nuestro cuerpo. Como dijo un poeta, Charles Baudelaire, habitamos en *forêts de symboles*: las selvas humanas por las que vagamos están hechas de símbolos. (SAVATER, Fernando. **Las Preguntas de la Vida**. Barcelona: Ariel, 1999. P. 31-34)

¹¹¹Resulta tentador ampliar estos conceptos biológicos y lo que se sabe hoy acerca de la plasticidad del desarrollo del cerebro humano para incluir la «plasticidad» de la naturaleza humana. Lo que somos es tanto el resultado de los extensos sistemas que gobiernan nuestra vida —riqueza y pobreza, geografía y clima, época histórica, predominio cultural, político y religioso— como de las situaciones concretas en las que nos hallamos a diario. A su vez, estas fuerzas interaccionan con nuestra biología y nuestra personalidad. Antes he argumentado que el potencial para la perversión es inherente a la complejidad de la mente humana. Juntos, el impulso hacia el mal y el impulso hacia el bien componen la dualidad más básica de la naturaleza humana. Esta concepción ofrece un retrato más rico y complejo del orgullo y los enigmas de los actos humanos. (ZIMBARDO, Philip. **El Efecto Lucifer**: el porqué de la maldad. Barcelona: Paidós, 2008. P.133)

¹¹²ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2014.

¹¹³La condición decisiva es sin duda que se sepa ver al otro como otro. En este caso los intereses reales del otro que contrastan con los propios, percibidos correctamente, incluyen quizá unas posibilidades de convergencia. En ese sentido la propia conversación de negocio confirma la nota general del diálogo: para ser capaz de conversar hay que saber escuchar. El encuentro con el otro se produce sobre la base de saber autolimitarse, incluso cuando

A redescoberta da paixão pela vida, da paixão de compreender os outros virá de um confronto com os desejos¹¹⁴ que fluem marginalmente. A marginalidade é o lugar da recuperação das relações livres com os desejos. Institucionalmente sobrevivemos. No confronto com os desejos punidos, perderemos o medo de cultivar as ambiguidades e o imprevisível. É uma possibilidade de renascer. Estamos diante de uma chance de vencer a sedentariedade e pensar sobre nós mesmos, sem modelos.¹¹⁵

Notadamente o núcleo existencial¹¹⁶ do ser outorga a vida e os caminhos do conhecimento, os quais ocorrem pela liberdade posta no mundo em que habita em plena mundanidade e que lhe permite estas escolhas com conexão ao *outro*—posta a morte nos olhos dos outros que põe à sentido a existência de si-, pois o *outro* nada mais é do que a extensão do ser no mundo; o *outro* manifesta a possibilidade do conhecimento por uma plena manifestação da linguagem, linguagem que faz existir o diálogo e a dialética,^{117,118} responsáveis pelo jogo-

se trata de dólares o de intereses de poder (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método. Tomo II.** Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. P. 208)

¹¹⁴Los deseos y las creencias presentan la característica no sólo de ser fuerzas que hacen actuar a la gente de determinadas formas, sino también la de tener un sentido, a causa del evidente bien que es el correlato de su carácter de deseabilidad.(RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción.** Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 163)

¹¹⁵WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos.** Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 76.

¹¹⁶Toda existencia contiene una esencia cuasi secreta, y se tataríade secretarla o expresarla: ésta es la labor de una hermenéutica profunda. Por eso me interesa lo oscuro más que lo claro, lo profundo más que lo superficial, lo implícito o implicado bajo lo explícito o explicado. Lo intrigante de un texto o contexto es lo no dicho, la captación del sentido latente, para lo que se precisa un acercamiento simbólico y no cósmico; de aquí mi actitud casi surrealista, ya que falo de captar la realidad transversal, así pues, lo surreal y sobreseído. Esto sobreseído es lo oculto u ocultado por la presuntuosa verdad racional desveladora la cual ignora que al levantar el velo nos topamos precisamente con el enigma o misterio, con lo interior o frtímo, con el corazón alma invisible, con lo opaco y lo indecible en un lenguaje directo; de donde la necesidad de un lenguaje sugerente y mitopoético, metafórico y simbólico, pero también surreal para acceder a lo inconsciente y a la inconsciencia, como a lo reprimido u oprimido (lo que podemos calificar de demónico, tabuizado o prohibido. (OSÉS, Andrés Oniz. **Amor y Sentido.** Una hermenéutica simbólica. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. P. 7)

¹¹⁷La estructura yo-tú sugiere una relación de diálogo o dialéctica. Se dirige una pregunta al texto y, en sentido más profundo, el texto dirige una pregunta a su intérprete. La estructura dialéctica de la experiencia en general, y de la experiencia hermenéutica en particular, se refleja en la estructura pregunta respuesta de todo diálogo verdadero. Pero hay que recelar de concebir la dialéctica en términos de Persona a persona en lugar de en términos del tema. La importancia del tema en el diálogo surgirá en el análisis Subsiguiente del cuestionamiento. (PALMER, Richard E. **¿Qué es la Hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002. P. 282)

¹¹⁸La dialéctica consiste desde antiguo en llevar los antagonismos inmanentes a su extremo contradictorio, y si la defensa de dos enunciados contrapuestos no tiene un sentido meramente negativo, sino que apunta a la unificación de lo contradictorio, se alcanza en cierto modo la posibilidad extrema que capacita al pensamiento metafísico, esto es, orientado en unos conceptos originariamente griegos, para el conocimiento del absoluto. Pero la vida es libertad y espíritu. La consecuencia interna de esa dialéctica en la que Hegel vio el ideal de la demostración filosófica, le permite en efecto superar la subjetividad del sujeto y concebir el espíritu como espíritu objetivo, según queda indicado. Pero en su resultado ontológico este movimiento acaba de nuevo en la presencia absoluta del espíritu ante sí mismo, como dice la conclusión de la *Enciclopedia* hegeliana. Por eso Heidegger sostuvo un debate permanente y tenso con la seducción de la dialéctica que, en lugar de la destrucción de los conceptos griegos, supuso su prolongación en conceptos dialécticos aplicados al espíritu y a la libertad, domesticando en cierto modo el propio pensamiento. No podemos analizar aquí cómo Heidegger, partiendo de su intención fundamental, mantuvo y superó en su pensamiento tardío la obra de derribo de sus comienzos. De ello da testimonio el estilo sibilino de sus últimos escritos. El era plenamente consciente de la penuria lingüística suya y nuestra. Además de

dialético de perguntas e respostas que cria e dá matiz ao mundo. O ser somente é ser-aí quando encontra no outro o espelho – morte que emite o reflexo da existência – das ciências de espírito que o compõe.¹¹⁹

El lenguaje es así el verdadero centro del ser humano si se contempla en el ámbito que sólo él llena: el ámbito de la convivencia humana, el ámbito del entendimiento, del consenso siempre mayor, que es tan imprescindible para la vida humana como el aire que respiramos. El hombre es realmente, como dijo Aristóteles, el ser dotado de lenguaje. Todo lo humano debemos hacerlo pasar por el lenguaje.¹²⁰

Pincelado tal cenário fenomenológico¹²¹, especial atenção jurídica reconheceu-se ao conflito através da criação de um ramo próprio para o desenvolvimento das relações

sus propios intentos por abandonar «el lenguaje de la metafísica» con ayuda del lenguaje gnóstico de Holderlin, me parece que sólo ha habido dos caminos transitables, y que han sido transitados, para franquear una vía frente a la autodomesticación ontológica propia de la dialéctica. Uno de ellos es el regreso de la dialéctica al diálogo y de éste a la conversación. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Tomo II. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. P. 354-359)

¹¹⁹Si nada viene hacia mí, si no amo nada, so no me manifiesta mediante mi amor lo que existe, y por ello no llego a ser lo que soy, quedo, al fin, como un existente de sobre que solo se utiliza como material. Pero, porque el hombre no es solo medio, sino, al mismo tiempo, objetivo final, el filósofo, ante esa doble posibilidad, en medio de la constante amenaza de la nada, desea la realización que se deriva del surgimiento originario. (JASPERS, Karl. **Filosofía de la Existencia**. Madrid: Aguilar, 1961. P. 59)

¹²⁰GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Tomo II. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. P.152.

¹²¹A fenomenologia é justamente a proposta de reconhecer esse movimento do ser-no-mundo e de essências que se doam as nossas experiências. No entanto, as essências das quais fala a fenomenologia não são os universais da “coisa-em-si”; “o retorno às coisas não se identifica, pois, com o voltar ao objeto da ciência, nem com o voltar-se para dentro de si, para o interior da consciência, a um subjetivismo”. O esforço de voltar às coisas mesmas revela que essas essências estão na existência. Trata-se de apreender o mundo em movimento, o movimento em estado nascente, mas que nunca abdica de uma história. Nesse sentido, suponho que temos muito a aprender com nosso próprio movimentar-se, inclusive sobre a própria experiência de aprendizagem. (ZIMMERMANN, Ana Cristina. **Ensaio sobre o Movimento Humano: Jogo e Expressividade**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. Tese (doutorado) -Centro de Ciências da Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação. P. 14)

intersubjetivas^{122,123} que se apresenta conflituosa: o direito, uma técnica voltada à adaptação existencial do homem na sociedade, promovendo a convivência dos homens.¹²⁴

Essa história mostra que, se é verdade que o Direito é uma técnica entre outras, não é uma técnica como as outras. Ele permitiu tornar humanamente vivível o maquinismo industrial e usar técnicas novas sem ser destruído por elas. Interposto entre o Homem e a máquina, ele serviu para proteger o Homem das fantasias de onipotência geradas pela potência das máquinas. Ferramenta interposta entre o Homem e suas representações, trate-se das representações mentais (a fala) ou materiais (as ferramentas), o Direito cumpre assim uma função dogmática - de interposição e de proibição. Essa função confere-lhe um lugar singular no mundo das técnicas: **a de uma técnica de humanização da técnica.**¹²⁵

Em um momento em que as sociedades não eram concentradas em um único poder, aos homens cabiam resolver seus conflitos da forma que o costume ditava, amenizando as exasperações do encontro de um com o outro, na busca, sempre, da paz social. Com a centralização do direito pelo Estado, este passa a ser o responsável por catalisar os conflitos, marcando uma nova fase civilizatória, tornando-se responsável pela adaptação existencial do

¹²²El círculo más amplio, la forma más general de hablar acerca de la sociabilidad, es el de la intersubjetividad, esa innata propensión humana al compromiso y a la comprensión recíproca. Parte de esta propensión es cognitiva o intelectual, parte emocional, pero, en cualquier caso, el carácter y la experiencia humanas existen únicamente en y a través de las relaciones de las personas entre sí. [...] **La inteligencia cultural humana parece fundarse sobre un nivel de compromiso mental, o intersubjetividad, que ninguna otra especie tiene o puede adquirir.** (CARRITHERS, Michel. **Por qué los Humanos Tenemos Culturas: una aproximación a la antropología y la diversidad social.** Madrid: Alianza, 1995. P. 85)

¹²³O mundo não é somente para mim, mas para tudo o que nele, faz sinal para ele. Há uma universalidade do sentir – e é sobre ela que repousa nossa identificação e generalização de meu corpo, a percepção do outrem. Percebo comportamentos imersos do mesmo mundo que eu porque o mundo que percebo arrasta ainda com ele minha corporeidade, que minha percepção é impacto do mundo sobre mim e tomada de meus gestos sobre ele, de maneira que, entre as coisas que os gestos do adormecido visam e esses próprios gestos, na medida em que uns e outros fazem parte de meu próprio campo, há não somente a relação exterior de um objeto a um objeto, mas, como do mundo a mim, impacto, como de mim ao mundo, tomada [...] Um campo não exclui o outro campo como um ato de consciência absoluta, por exemplo, uma decisão não exclui a outra tende mesmo, de si, a se multiplicar. Porque é a abertura pela qual, como corpo, sou exposto ao mundo. (MERLEAU-PONTY, Maurice. **O Homem e a Comunicação: A prosa do mundo.** Rio de Janeiro: Edições Bloch, 1974. P. 145)

¹²⁴Hemos visto que recurrimos al Derecho porque tenemos la necesidad de seguridad, ayuda o duración, pero, ¿por qué sentimos esas necesidades? En primer lugar, si nuestras capacidades personales efectivas fuesen ilimitadas, no necesitaríamos pedir ayuda o apelar al derecho. La experiencia existencial y la jurídica ponen de manifiesto la limitación del poder hacer y de las capacidades personales. Por eso decimos que el hombre es un ser *limitado*. En segundo lugar, es evidente que si no tuviésemos una vida finita en el tiempo no sentiríamos la necesidad de durar ni de prolongar el tiempo mediante la sucesión. Por ende, el hombre es un ser *finito*. En tercer lugar, no buscaríamos seguridad si no nos sintiésemos en una situación de riesgo. Existir, para los hombres es co-existir, vivir juntos. Por tanto, como tercer elemento, el hombre es un *ser en relación*. En cuarto lugar, observamos que el hombre es consciente de sus limitaciones y las experimenta como una carencia de aquello que podría llegar a ser. Por tanto, *el hombre es consciente de su propia imperfección o indigencia*. Estos elementos que la actividad jurídica y la experiencia existencial nos permiten reconocer son elementos de la estructura ontológica del hombre que conforman su naturaleza. Se han ido despejando los tres niveles de significado del derecho, coherentes entre sí y que expresan las etapas de la evolución humana: El nivel del significado (o sentido) inmediato, empírico; el del significado existencial y el significado ontológico. (COTTA, Sergio. **Que es el Derecho.** Madrid: Rialp, 2000. P. 4-5)

¹²⁵SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007. P.143.

ser¹²⁶ e das intersubjetividades, tirada das mãos dos homens.¹²⁷ Como não são os homens por si que resolvem o conflito – autocomposição –, a paz social é trocada pela adaptação social das

¹²⁶El estado del ser en camino no es extrínseco al hombre; no se trata de ningún movimiento de traslación local; no es nada accidental. Es la propia substancia humana, la más recóndita intimidad la expresada por este intrínseco y entitativo status viatoris. Y es este estado del ser que está en camino el que nos avecina con nuestra prehistórica nada. Alguien nos puso en camino. Pero procediendo de la nada podemos en cualquier momento hacer, en el orden moral, un viraje hacia la nada: el pecado (el delectus o regula rationis). Como criaturas tenemos el poder de dirigirnos libremente hacia la nada o de encaminarnos hacia la plenitud. Podemos aspirar a un término feliz y a una actuación idónea para conseguirlo. (Con decir esto no se invade el problema teológico de que la actuación "meritoria" presupone algo que no se puede merecer.) Una meditación integral sobre la existencia humana no puede concebir la temporalidad, sin reserva alguna, como la nota esencial de nuestro estado de ser en camino. No tiene sentido, ni aun desde el punto de vista intratemporal, considerar tan sólo el camino como si no condujera a parte alguna. No ver que el camino lleva a un "allende" es la miopía esencial del existencialismo. Heidegger -y no se diga nada de Sartre- es un corto de vista, lo cual no impide, por supuesto, el reconocimiento de su profunda inteligencia. Una vez que perdamos nuestro status viatoris nos habremos salido del tiempo. Nuestra unión con el tiempo está basada en la unión de nuestro espíritu con nuestro cuerpo. El hombre "hace" su esencia, no "es" su esencia. Pero todas las variedades históricas de este hacer la esencia -incluyendo nuestra propia manera de hacerlos- pueden insertarse dentro de una estructura permanente del ser humano. Por eso ha afirmado Eduardo Nicol que "tratando de lo histórico, y del hombre por consiguiente, nos la habemos siempre con lo particular. Pero, como la particularidad es constitutiva, y no meramente accidental, detrás de lo particular no hay esencia ninguna que se esconda y que constituya la universalidad. La ontología del hombre se hace con particularidades...". En otras palabras: "no hay una esencia inmutable de lo humano, que revista en cada tiempo y lugar un ropaje de accidentes mudables. Hay una forma de ser o estructura del hombre como tal, una manera suya de funcionar constante, la cual produce formas diferentes de existencia. Lo inmutable es esa forma o estructura; pero ella no está oculta tras las maneras particulares de ser, sino presente en ellas y bien patente a lo largo de su historia. El ser humano es histórico; pero después de haber asimilado bien esta noción de su historicidad, atendamos ahora con esmero a la noción de ser. El hombre es, en tanto que histórico, y es histórico en tanto que es. La historicidad no anula su entidad" Glosando un pensamiento de Augusto Comte, el maestro Antonio Gasa expresa que la persona es evolución sin transformación. Lo cual significa que nadie que abdica de sí es persona; y que nada que sólo cambia, puede serlo. Se transforman las cosas. Las personas permanecen sí, pero evolucionan. No es la personalidad algo rígido e inextensible. Es dúctil, su ductilidad llega a extremos inauditos. Como en el caso de la conversión religiosa. Pese a todas las tentaciones de anonadamiento, pese a todas las posibilidades de abismarse en la nada, el camino tiene un origen y una dirección: apunta al ser. En una puerta de la India se expresa, en una fórmula breve, feliz y contundente, este status viatoris: "Este mundo no es sino puente. Pásalo, mas no construyas en él tu morada." Sin casi ni tejado que lo albergue, el hombre aparece en el mundo como un emigrante, como un nómada". (VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado**: fundamentos de filosofía política. México: Trilla, 2002. P. 39-40)

¹²⁷Il est impossible que les hommes vivent en société sans que leurs intérêts ou leurs passions ne fassent naître des différends, et l'état social ne saurait subsister s'il était permis à chacun de se rendre justice, car le plus solvante cette manière de réclamer ce qui est à soi dégènerait en vengeance. Ce serait oublier la faiblesse humaine que d'espérer que l'homme assez fort pour faire respecter son droit, aurait assez de modération et de bonne foi pour exiger seulement ce qui lui serait dû. Et pour le plus faible, une oppression certaine étoufferait le bon droit. Cependant le coeur humain a tellement besoin de justice, qu'il est absolument nécessaire de vider les différends, sous peine d'exciter, si l'on voulait les étouffer, des ressentiments d'autant plus fâcheux qu'ils auraient été plus longtemps comprimés. Il faut donc trouver des moyens et employer l'entremise de médiateurs pour rendre à chacun ce qui lui appartient. Mais comme le choix de ces tierces-personnes serait souvent pour ceux qui doivent y avoir recours, l'objet d'une difficulté nouvelle, la loi positive de chaque peuple a dû prévenir ce danger. Un intermédiaire non officieux, mais légal, ne peut être que difficilement une personne privée : il faut qu'il soit au-dessus de ceux qu'il doit juger. C'est une utopie bonne à reléguer avec la fable de l'âge d'or, que de songer à faire vider les différends par le premier venu, et de remplacer les tribunaux par de simples arbitres. Le tiers-départiteur, afin que ses décisions soient efficaces, a besoin d'un pouvoir public, d'une autorité morale et matérielle: il faut que l'on obéisse à sa sentence, et que sa personne soit à l'abri des vengeances. A l'origine des sociétés, c'est le père de famille ou le chef de la tribu qui tranche les contestations. Mais pour peu que la population soit nombreuse et la civilisation développée, le prince a trop d'attributions pour juger lui-même, et d'ailleurs le discernement du juste et de l'injuste devient une opération difficile, un art délicat, une science compliquée. Il faut dès lors des magistrats, des juges de profession, des tribunaux en un mot. Du moment que des tribunaux sont chargés d'appliquer une loi, une règle, une décision générale, dès l'instant que les juges sont des magistrats constitués pour distribuer la justice, il faut que tous les justiciables soient jugés d'une manière égale et avec les mêmes formes. Il faut qu'ils puissent

regras que regem a sociedade “[...] *el Derecho surge como consecuencia del conflicto, y es simplemente un aspecto de las formas de resolución de controversias de cada cultura...*”^{128,129}

O processo, desde os primórdios da civilização, quando esta promovia as discussões públicas dos conflitos por *rituais*¹³⁰, teve seu papel modificado na história – principalmente no que toca à divisão entre direito material e processual – recebendo, por vezes, como no período romano, uma grande importância; e, em outras, é esvaziado em seu significado e em sua potência de criação/redimensionalização do direito. No que toca à contemporaneidade, o processo não tem absorvido, até então, em razão da permanência do direito subjetivo como Lei a “...complicação e a amplitude da vida social”¹³¹. No processo, porém, o *caso-problema-concreto*, junto à fenomenologia conflitual, serve de gênese para o direito como dinamicidade existencial, o que evidencia a importância deste para o direito.

O sentido existencial humano passa a não ser somente bom, mas também mal, tendo como meio adaptativo o direito, servindo este como importante balizador das condutas humanas

éclairer le juge et fournir leurs preuves. Il faut que tout cela se fasse avec ordre, avec raison, sans violence. Dès lors il faut des formes, c'est-à-dire une procédure. Le simple bon sens, l'évidence démontrent donc que sans tiers-départiteur, auquel on puisse soumettre les différends, le droit serait remplacé par la raison du plus fort. Les formes ne sont que la mise en action du droit. Même sous le règne de la force, on les voit s'établir jusqu'à un certain point, et en quelque sorte d'elles-mêmes, tant leur nécessité se manifeste promptement. Leur apparition devient un commencement de justice, et, comme on l'a remarqué, il y a des formes même pour le duel. Ainsi l'existence de l'état social suppose un tiers-départiteur; celle du droit, ars oequi et boni, exige que ce médiateur ne soit pas un simple arbitre; celle d'une loi positive assurant aux personnes la liberté, la propriété, etc., nécessite que le prince, législateur, n'applique pas lui-même ses prescriptions, ses ordonnances, et qu'il délègue la puissance judiciaire à des magistrats indépendants, à des tribunaux constitués. Pour que la justice de ces tribunaux soit parfaitement régulière, il faut qu'elle repose sur des règles, des observances, des rites, des formalités, destinés à régler sa distribution. « Les formes sont la vie de la loi », disait d'Aguesseau; et parfois, surtout à l'époque de la jeunesse des nations, l'administration de la justice a un caractère mystérieux, elle s'enveloppe de symboles, et l'application de la loi se fait à l'aide de formules sacramentelles et rigoureuses, que la pratique emploie servilement, sans pouvoir remonter jusqu'à la raison de ces solennités.

C'est ainsi que la nécessité de la procédure se démontre non-seulement par le seul effort de l'entendement, mais encore par le témoignage de l'histoire, qui la retrouve chez tous les peuples, diversement développée selon les phases de leur vie sociale. Mais aux époques de civilisation extrême, où le raffinement des institutions engendre leur décadence, où la complication et la multiplicité des lois entravent leur efficacité, où les abus naissent quelquefois des précautions prises pour les prévenir, la procédure dégénère, favorise trop souvent l'injustice, et ruine même ceux qu'elle devait protéger. La forme emporte le fond. Scandalisés de cette maxime, des esprits légers, des observateurs superficiels confondent l'abus avec l'institution, demandent qu'on fasse table rase, et que l'on supprime des précautions justifiées par l'expérience et par la raison des choses. Le dix-huitième siècle tomba dans cet excès; et encore de nos jours, il est un bon nombre de personnes qui, n'ayant pas réfléchi sur le caractère essentiel des lois et des droits, ni sur la nécessité de les mettre en action par une application régulière, trouvent qu'il serait bon d'abolir la procédure comme une invention abusive. C'est à cause de cette erreur vulgaire que nous avons dû dès l'abord rendre évidente la nécessité de formes protectrices (BORDEAUX, Raymond. **Philosophie de la Procédure Civile**. Paris: Evréux, 1857. P. 8-7)

¹²⁸CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 172.

¹²⁹SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 147-148

¹³⁰Ver: CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

¹³¹CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do Direito**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2008. P.12.

fenomênicas. Os desejos e interesses do homem mudam com o passar do tempo juntamente com a evolução da sociedade, mutacionando suas angústias e potencializando a natureza humana em determinadas direções.^{132, 133}

¹³²De modo que ahora las preguntas serán: si no basta clasificarnos simplemente como animales, ¿qué *más* somos? ¿Hay algo que distinga radicalmente, en profundidad, al animal humano del resto de los animales? Tradicionalmente se ha hablado del ser humano como de un «animal *racional*». Es decir, el bicho más inteligente de todos. No es sencillo precisar de forma elemental qué entendemos por razón (aunque algo hemos intentado en el capítulo segundo), de una forma lo suficientemente amplia como para que los animales no queden excluidos de ella de antemano. Como muy bien ha señalado el filósofo inglés Roger Scruton, «las definiciones de la razón y de la racionalidad varían grandemente; varían tanto como para sugerir que, mientras pretenden definir las diferencias entre hombres y animales en términos de razón, los filósofos están en realidad definiendo la razón en términos de la diferencia entre hombres y animales». Digamos como primera aproximación que la razón es la capacidad de encontrar los medios más eficaces para lograr los fines que uno se propone. En este sentido resulta evidente que también los animales tienen sus propias razones y desarrollan estrategias inteligentes para conservar sus vidas y reproducir su especie. Desde luego ningún animal fabrica bombas atómicas ni maneja ordenadores, pero ¿es por falta de inteligencia o porque no los necesitan?, ¿podemos decir que demuestra poca inteligencia hacer solamente lo imprescindible para vivir sin buscarse mayores complicaciones? He aquí una primera diferencia entre la inteligencia de los animales y la de los seres humanos: a los animales, la inteligencia les sirve para procurarse lo que necesitan; en cambio a los humanos nos sirve para descubrirnos necesidades nuevas. El hombre es un animal *insatisfecho*, incapaz de satisfacer unas necesidades sin ver cómo otras apuntan en el horizonte de su vida. Por decirlo de otro modo: la razón animal busca los mejores medios para alcanzar ciertos fines estables y determinados, mientras que la razón humana busca medios para lograr determinados fines y *también* nuevos fines, aún inciertos o indeterminados. Quizá sea esta característica lo que apuntaba Pico della Mirandola en su descripción de la dignidad humana... En los animales la inteligencia parece estar exclusivamente al servicio de sus *instintos*, que son los que les dirigen hacia sus necesidades o fines vitales básicos. Es decir que su conducta sólo responde a un cuadro de situaciones que vuelven una y otra vez -necesidad de alimento, de apareamiento, de defensa, etc.-, cuya importancia proviene de la vida de la especie y no de la elección de cada uno de los individuos. La inteligencia al servicio de los instintos funciona con gran eficacia, pero nunca inventa nada nuevo. Sin duda algunos primates descubren trucos ingeniosos para conseguir comida o protegerse del enemigo y hasta logran difundirlos por su grupo. Pero la base de sus afanes se atiene invariablemente a la pauta instintiva elemental. Los humanos, en cambio, utilizamos la inteligencia tanto para satisfacer nuestros instintos como para interpretar las necesidades instintivas de nuevas formas: de la necesidad de alimento derivamos la diversidad gastronómica, del apareamiento llegamos al erotismo, del instinto defensivo desembocamos en la guerra, etc. En los animales cuenta mucho la especie, el beneficio de la especie, la experiencia genéticamente acumulada de la especie y muy poco o nada los objetivos particulares del individuo o su experiencia privada. Los animales parecen nacer sabiendo ya mucho más de lo que aprenderán en su vida, mientras que los humanos se diría que aprendemos casi todo y no sabemos casi nada en el momento de nacer. Para marcar esta diferencia, algunos hablan de «conducta» animal (predeterminada) frente a «comportamiento» humano (indeterminado, libre), aunque probablemente estos distinguos terminológicos no sean demasiado esclarecedores. (SAVATER, Fernando. **Las Preguntas de la Vida**. Barcelona: Ariel, 1999. P. 26-30)

¹³³¿De qué efectos se trata? ¿En qué hacen pensar los objetos, accesorios, pañoletas, joyas, bolsos, etc., que las tiendas Hermes, en todas las grandes megalópolis del mundo, en esos lugares de circulación que son los aeropuertos o en las páginas de publicidad de las new magazines, ofrecen a la voracidad de nuestros deseos exacerbados? Despierta instintos muy atávicos, sí, pero, en pleno acto de su regreso a la vida, pone el acento en ese hedonismo latente gracias al cual la especie humana se entrega al goce de los frutos de la tierra. Es importante subrayar que, en muchos momentos de elevada cultura, se puede observar una relación estrecha entre estas pulsiones y la sofisticación de los objetos. Lo que se puede traducir con una expresión de Leonardo da Vinci: «Cosa mentale». Difícilmente traducible, salvo como espiritualización. Ahora bien, la cosa no es sólo funcional. O mejor, junto con su propia funcionalidad, se encarga de una fuerza específica. Posee un aura que le proporciona una irradiación singular. Tal singularidad es lo que concedía a los objetos cotidianos de las tribus antiguas la cualidad y la belleza que todavía podemos apreciar en las vitrinas de los museos de estas artes primitivas que sirvieron de raíz a nuestro inconsciente colectivo. De ahí irradiaba una magia que las convertía, aunque fuese fantasmáticamente, en un bien colectivo. Tal vez es ese aura la que, al envolver las cosas Hermes, hace que repercuta sobre quienes las ven, quienes se aproximan a ellas y, por ello, afianza una especie de comunidad. Porque, por paradójico que parezca, en este momento en que se da por adquirido el predominio de un individualismo triunfante, el hedonismo consolida el cuerpo colectivo. (MAFFESOLI, Michel. **Iconologías**: nuestras idolatrías posmodernas. Barcelona: Península, 2009. P. 89-90)

Assim se adentra no exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*)¹³⁴ e que somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só e no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), em que o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, “o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado”.¹³⁵

Aquele que vive sozinho e garante suas necessidades existenciais – em absoluta solidão – não necessita do direito e nem do processo; entretanto, quando passa a viver junto e supera o estado de solidão (deixa de viver para conviver)¹³⁶, o conflito se faz vida: quando existe um mesmo bem que não pode ou não querem as partes seja compartilhado, ou, se ambas as partes em face de diferenças que advém da história ou de erros quanto à compreensão de uma das partes encontram-se envoltas em uma discussão marcada pelo impasse. Esse é o reflexo inato do existir em grupo, local em que os contextos produzem significados históricos a cada ser e que são por vezes contrapostos dialogalmente e tendem a ora se chocar.¹³⁷

O direito, pois, ontologicamente falado, é a conduta humana em sua interferência intersubjetiva apresentada pela dimensão coexistência e não meramente existencial que define-

¹³⁴A aproximação entre dimensão existencial-ontológica desperta a discussão acerca dos modos e das possibilidades do *Dasein* no seu ser, ou seja, a constituição ontológica do si-mesmo. Segundo Heidegger, o eu é uma mera consequência que acompanha todos os conceitos. Com ele, nada se representa a não ser um sujeito transcendental dos pensamentos. O eu não deve ser considerado um conceito construído por intermédio da lógica. Pelo contrário, o eu é o sujeito do comportamento lógico, qual seja, da combinação. Dito de outra maneira, o eu é um sujeito com capacidade para operar com a lógica, sendo correto dizer que o eu penso, significa eu combino. A concepção do eu está lastreada na capacidade de organizar e combinar novas possibilidades. Isso permite referir que o sujeito é consciência em si, e não representação. O *Dasein* é apresentado por Heidegger como o ente privilegiado que conhece o ser. Esse ente privilegiado na relação com o seu ser é permeado pela existência (*Existenz*), que é definida como sendo o próprio ser o qual o *Dasein* pode se comportar dessa ou daquela maneira. (ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 90 e 98)

¹³⁵STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 215-218.

¹³⁶Cada individuo es una existencia en vuelo hacia otras existencias. Las cosas, en realidad, las queremos de una manera oblicua. Sólo a las personas se les ama directamente. Existir es proyectarse mágica mente en búsqueda de bienes y de comunión. En consecuencia, el objeto elegido suministra el grado de valor o elevación existencial de cada alma llama coexistencia se explica! El hombre no está radicalmente solo porque está relegado a Dios y ligado a los demás (VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado: fundamentos de filosofía política**. México: Trilla, 2002. P. 60)

¹³⁷Toda experiência sempre me aparecerá como uma particularidade que não esgota a generalidade de meu ser, e tenho sempre, como dizia Malebranche, movimento para ir mais longe. Mas só posso fugir do ser para o ser; por exemplo, fujo da sociedade para a natureza ou do mundo real para um mundo imaginário que é feito dos fragmentos do real. O mundo físico e o social sempre funcionam como estímulos de minhas reações, quer elas sejam positivas ou negativas. (MERLEAU PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1994. P. 483)

se como fenômeno social que se corporiza na coexistencialidade do homem, a qual é referida: por produtos culturais, que se apresentam com as condutas humanas em si mesmas: disso resta aludir que o direito e social e em um sentido mais profundo e exclusiva apresenta-se: pela linguagem, pela ciência, pela arte, pelas crenças, etc., tudo isso forma termos intencionais da consciência¹³⁸, reflete essa consciência para com a descoberta do ser ideal, caindo-se em conta de que há uma estranha e sutil claridade de objetos que nossa consciência encontra fora de si¹³⁹.

A pluralidade social^{140,141} hoje, que inaugura a quebra da simples *forma*¹⁴², marca a *quebra* do ideal romântico até então formado pelo sujeito moderno, caracterizado pela intensa

¹³⁸El Derecho, pues, onticamente hablando, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Si lo dijo. Del Vecchio ya en 1906, aunque sin proyectar la afirmación en el plano fenomenológico que habría de hacerla tan fecunda. Con la intersubjetividad óptica del Derecho está apresada su dimensión coexistencia y no meramente existencial, y está definido como fenómeno social. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura es social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no a los productos culturales, sino al obrar humano en si mismo considerado. Es así que toma acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impedida presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no a los productos culturales, sino al obrar humano en si mismo considerados. Es así que toda acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impeditiva, presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe. (COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A, 1954. P. 80-81)

¹³⁹SICHES, Luis Recasens. **Los Temas de la Filosofía del Derecho**: en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934. P. 45-46.

¹⁴⁰[...] significa que todo lenguaje y toda cultura refieren parcialmente el mundo del hombre y, por lo tanto, lo humano así expresado en diferentes perspectivas. Las cuales pueden/deben ser plurales pero no estrictamente incompatibleS, yd que conforman o configuran la coexperiencia interhumana que nos es común. En efecto, el hombre es un animal realmente desvalido que trata de rehacerse simbólicamente: se trata, pues, de un animal hermenéutico y simbólico, cultural y proyectivo, (re)mediador de su inmediatez desnuda através del revestimiento y transposición de la primigenia urdimbre afectiva (matricial) por la urdimbre del sentido cultural convivido o compartido intersubjetivamente (fraternalmente) . (OSÉS, Andrés Oniz. **Amor y Sentido**. Una hermenéutica simbólica. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. P. 10)

¹⁴¹Tatuajes, piercings y los demás operaciones sobre las apariencias no hacen más que, de una manera sacramental, volver visible una fuerza invisible: la de la unión, de la reunión, del vínculo social. (...) Pero, por muy chocante que pueda parecer, la convivencia requiere formas externas de reconocimiento. Estar juntos remite a una especie de viscosidad. En sentido estricto, al vínculo visible. (...) El teatro del cuerpo y el juego de las imágenes prueban que no es posible separar el cuerpo y el espíritu, lo animal y lo humano, el fondo y la forma. Las tribus de tatuados, performados, teñidos y adornados que recorren el teatro del mundo son los verdaderos iniciadores de la posmodernidad ya que nos recuerdan que sólo a partir de una mezcla inextricable (la de los humores corporales y del espíritu) podemos captar la totalidad del ser individual y colectivo. (MAFFESOLI, Michel. **Iconologías**: nuestras idolatrías posmodernas. Barcelona: Península, 2009. P.180-181)

¹⁴²Um passo importante no caminho que conduziu à formalização foi a introdução da perspectiva. Pela primeira vez tratou-se, de maneira consciente, de preencher formas preconcebidas com matéria, de fazer os fenômenos aparecer em formas específicas. Um passo seguinte talvez tenha sido dado por Cézanne, ao conseguir impor a uma mesma matéria duas ou três formas simultaneamente (consegue "mostrar", por exemplo, uma mesma maçã sob diversas perspectivas). Isso foi levado ao ápice pelo cubismo: tratava-se de mostrar as formas geométricas

racionalização de seus ideais e a proposta de harmonização da sociedade por via de uma igualdade – democracia consensual, momento em que a inteligência e a ciência procuraram *atenuar* a condição animal e humana da invasão plural do mundo.¹⁴³

A ciência não pode vir a opor-se como obstáculo às novas proposições postos pelos *fenômenos da vida social*: se, após certo hábito, a teoria científica consegue impor-se, o elemento travador que aí se insinua é de ordem subjetiva, do sábio (individual¹⁴⁴), ou social (transindividual, depositável nos indivíduos). Não corre por conta da ciência, mas da vida (fixação biológica) ou de outros processos de adaptação. Não diferente o que se passa quando

preconcebidas (entrecruzadas); nelas, a matéria serve exclusivamente para deixar as formas aparecer. Pode-se dizer, portanto, que a pintura cubista, entre o conteúdo e o continente, entre a matéria e a forma, entre o aspecto material e o formal dos fenômenos, se move sempre em direção à coisa que é designado erroneamente de imaterial. Mas tudo isso é apenas uma preparação de caminho para a produção das chamadas "imagens artificiais". São elas as responsáveis por tornar tão "abrasadora" hoje em dia a pergunta sobre a relação entre matéria e forma. O que está em jogo são os equipamentos técnicos que permitem apresentar nas telas algoritmos (fórmulas matemáticas) em forma de imagens coloridas (e possivelmente em movimento). Isso é diferente de projetar canais em tábuas mesopotâmicas, de desenhar cubos e esferas nos quadros cubistas, e também difere de projetar aviões a partir de cálculos. Porque nesses casos se trata de projetar formas para materiais que serão contidos nelas (formas para aquedutos, para as *Demoiselles d'Avignon*, para os jatos Mirage); já o exemplo anterior diz respeito a formas platônicas "puras". As equações fractais. Por exemplo, que brilham nas telas como "bonecos de maçã" de Mandelbrot. * não possuem matéria (embora possam posteriormente ser preenchidas formações montanhosas, nuvens de tormenta ou flocos de neve). Essas imagens sintéticas podem (erroneamente) ser chamadas de "imateriais", e não porque apareçam no campo eletromagnético, mas por mostrarem formas vazias, livres de matéria. A questão "abrasadora" é, portanto, a seguinte: antigamente (desde Platão, ou mesmo antes dele) o que importava era configurar a matéria existente para torná-la visível, mas agora o que está em jogo é preencher com matéria uma torrente de formas que brotam a partir de uma perspectiva teórica e de nossos equipamentos técnicos, com a finalidade de "materializar" essas formas. Antigamente, o que estava em causa era a ordenação formal do mundo aparente da matéria, mas agora o que importa é tornar aparente um mundo altamente codificado em números, um mundo de formas que se multiplicam incontrolavelmente. Antes, o objetivo era formalizar o mundo existente; hoje o objetivo é realizar as formas projetadas para criar mundos alternativos. Isso é o que se entende por "cultura imaterial", mas deveria na verdade se chamar cultura materializadora". O que se debate aqui é o conceito de informar, que significa impor formas à matéria. Esse conceito tornou-se muito claro a partir da Revolução Industrial. Uma ferramenta de aço em uma prensa é uma forma, e ela informa o fluido de vidro ou de plástico que escorre por ela para criar garrafas ou cinzeiros. A questão antigamente em distinguir as informações verdadeiras das falsas. Verdadeiras em aquelas cujas *formas* eram descobertas, e falsas aquelas em que as formas eram ficções. Essa distinção perde o sentido quando passamos a considerar as formas não mais como descobertas (*aletheiai*), nem como ficções, mas como modelos. Fazia sentido, antigamente, diferenciar a ciência da arte, o que hoje parece um despropósito. O critério para a crítica da informação hoje está mais para a seguinte pergunta: até que ponto as formas aqui impostas podem ser preenchidas com matéria? Em que medida podem ser realizadas? Até que ponto as informações são operacionais ou produtivas? Mas não é o caso de se perguntar se as imagens são superfícies de matérias ou conteúdos de campos eletromagnéticos. Convém saber em que medida essas imagens corresponder ao modo de pensar e de ver material e formal. Seja qual for o significado da palavra "material", só não pode exprimir o oposto de "imaterialidade". Pois a "imaterialidade", ou, no sentido estrito, a forma, é precisamente aquilo que faz o material aparecer. A aparência do material é a forma. E essa é certamente uma afirmação pós-material (FLUSSER, Vilém. **O Mundo Codificado**: Por uma Filosofia do Design e da Comunicação. São Paulo: Cosac Naify, 2007. P. 29-32)

¹⁴³MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. P. 282-283.

¹⁴⁴Decir persona es decir auto-posesión, ser-para-sí. La persona no puede ser pertencida por ningún outro. El ser personal – subsistente frente a todo outro ser- es incomunicable. Com su hacer persona realiza su ser. Respira em uma atmosfera de libertad. Se rehúsa a ser manejada y consumida como instrumento. Em sí misma tiene um fin. El ser personal es mismidad, unididad irreiterable. De ahí que cada persona sea realidade única, incanjeable, intransferible. Por esa posesión de su mismidad la persona puede decir yo (VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado**: fundamentos de filosofía política. México: Trilla, 2002. P. 35)

as brisas da moda, ou dos vendavais econômicos e políticos eriçam as camadas superficiais das teorias. São fatos estranhos a ela, à sua especificidade.¹⁴⁵

Em razão disso, fruto da consequente decadência das ideologias tradicionais e dos sistemas de valores a elas correlacionados, observa-se um intenso movimento de mudanças profundas arraigadas na concepção que até então cria a atmosfera social, instaurando medos, profundas angústias¹⁴⁶ e pânico pela superação das tendências construídas no âmbito da modernidade – uma superação, dito melhor, do tradicional. Importa destacar uma grande diferença do sujeito da modernidade e do Pós/trans/hiper-moderno: o primeiro dependia de uma força alienante que unificava os indivíduos em torno de algumas *ideias-força*, e o segundo, pretende-se, é substituído pela participação em conexão intersubjetiva num mundo traduzido pela complexidade das relações e pelo ganho de força do ser quanto à subjetivação.

Na pós/trans/hiper-modernidade os fenômenos conflitológicos de interesse ganham relevância em razão da <pluralidade social dinamizada e em constante mutação>¹⁴⁷ vivenciada

¹⁴⁵MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. P. 283.

¹⁴⁶La existencia es el lugar del ser-ahí, el ser humano existe bajo el modo de la posibilidad, trazando metas e intentando cumplirlas. Pero llega un momento en el que el ser-ahí comprende su facticidad, que es proyecto arrojado. Se da cuenta de que él no se ha creado a sí mismo ni tampoco al mundo en el que se encuentra, sino que halla ahí, instalado, arrojado, sin un fundamento, sin un motivo, y se da cuenta, además, de que él tampoco ha escogido ser cómo es, un ente que existe o se comporta con el ser a modo de posibilidad, escogiendo unas posibilidades y no otras. Y sin embargo, pese a no haber escogido ser o existir, y pese a no haber escogido. Experimenta entonces el estado de ánimo de saberse abandonado a sí mismo, siente angustia, malestar, desasosiego. Es precisamente al tratar de evitar la angustia y el malestar, cuando el ser-ahí cae, cuando deja de vivir propiamente y escucha lo que el uno tiene que decirle. El uno no es alguien en concreto, sino lo otro, el sujeto disipado en la mundanidad, el dejarse llevar por el exterior, por lo que se dice, por lo que se piensa, por lo que no es nadie y como todos. El uno es lo que podríamos llamar a la sociedad, las estructuras que implantan lo que está bien y lo que está mal, lo que se debe y lo que no se debe pensar o hacer. Y sometido al uno, abandonado a la influencia o guía de algo que está fuera de él y que le evita la angustia, el ser-ahí pierde a su ser, no en el sentido de que se lo quiten, sino en el sentido que ya no es suyo, pues renuncia a plantearse sus propias posibilidades, a comprender e ir más allá de sí, a ser relativamente al poder que es él mismo, y acepta como posible lo que el uno dice que es posible, entregado a las habladurías o mero repetir o transmitir lo que se habla, entregado a la avidez de novedades o excitación por lo siempre nuevo y entregado a la ambigüedad o creencia de que se entiende todo cuando en realidad no se entiende nada. Pero el ser-ahí tiene encomendado su ser, no puede despedir su propio ser ni abandonarlo al uno, es caído cuidante, tiene que cuidarse en medio del a caída, y por eso más tarde o más temprano acaba saliendo del uno y aceptando la angustia que se experimenta en la conducta auténtica de darles un ser o sentido a los entes que lo redean y trazar las propias posibilidades, aceptando la responsabilidad de ese ser propio a modo de posibilidad que ni se ha creado ni se ha escogido, cuidándose de aquello que ha de hacerse. Estructura del cuidado que unifica la pluralidad de modalidades del ser del ser-ahí. (DIÁZ, Vicente Lozano. **Hermenéutica y Fenomenología**: Husserl, Heidegger y Gadamer. Valencia: Edicep, 2005. P. 56-57)

¹⁴⁷La palabra sociedad deriva del latín ‘societas’, y aparece por primera vez en el idioma inglés en el siglo XIV. Su significado primario se asociaba al compañerismo, un sentido que retienen las nociones contemporáneas de «sociable» y «sociabilidad», con sus connotaciones de amistad e intimidad. En pocas palabras, «sociedad» denotaba las cualidades positivas de cordialidad, familiaridad y confianza en las relaciones interpersonales directas, las cuales también se encontraban en el concepto de comunidad. De hecho, los términos societas y communitas fueron prácticamente sinónimos hasta el siglo XVII. Pero a partir del siglo XVIII se produjo un cambio decisivo en el significado de «sociedad», que adquirió un sentido más general y abstracto, más alejado de las relaciones humanas cotidianas. Esta nueva concepción de lo que se llamó «sociedad civil» estuvo ligada inicialmente a un desafío contra las estructuras de poder establecidas y las divisiones jerárquicas tradicionales del estado absolutista. Así, la idea de sociedad civil se derivó de la oposición al poder del estado, del enfrentamiento

no plexo do existir do ser: “Funcionalismo, utilitarismo: éste es, en efecto, el signo de los tiempos. En primer lugar, el mundo familiar, y luego el mundo medioambiental, sólo valen si sirven para algo. Utilitarismo que desemboca en la utensibilidad. Todos y todas las cosas deben estar a la mano, manipulables a voluntad.”¹⁴⁸: Nasce assim a forma que a vida potencializa as angústias e os conflitos pós/hiper/trans-modernos, um mundo de consumo, angústias, emancipações, que traduzem, temporalmente, a ciclicidade do ser.¹⁴⁹

Os textos dogmatizantes estáticos não revelam a natureza dos anseios sociais de uma sociedade,¹⁵⁰ pois as necessidades e os desejos dinamizam-se, revelando o que resulta estranho, singular, monstruoso, todo o externo da natureza do humano¹⁵¹. Essa cena representa muito bem o solo árido e amarelo desértico no qual os juristas dogmáticos pensam, “*sinon que tout est droit, du moins que le droit a vocation à être partout, à tout envelopper, à soutenir, comme un idéal, tout l'univers habité. Il règne, chez les juristes dogmatiques, à la fois un idéal et un postulat de panjurisme. Une théorie comme l'universalité du droit de punir (en droit pénal international) trahit naïvement ce panjurisme foncier*”.¹⁵²

Com os horizontes postos pela visualidade dada via luz do céu, ocorre o fenômeno da interpolação do mundo aos mundos possíveis, que são criados pela ciência atual. O mundo jurídico deve ser reflexo dos mundos, pois a luz que o céu lhe impõe sob o andar deve fazer com que os novos horizontes se abram em mundos de possibilidade, para assim superar o mundo jurídico que se fecha em uma caixa negra, chamada de paradigma científico cartesiano-mecanicista.

entre un régimen estrictamente clasista y un asociacionismo igualitario que autorizaba a cada ciudadano a perseguir su propio beneficio estableciendo convenios con otros ciudadanos en interés mutuo. En esta visión liberal y democrática, la sociedad tomaba como modelo el mercado y las relaciones sociales se equiparaban a transacciones comerciales, cuya naturaleza fugaz e interesada implicaba un pacto lábil en vez de un compromiso interpersonal profundo y perdurable. Según este modelo, la sociedad no era más que una suma de transacciones individuales. (INGOLD, Tim. **La evolución de la sociedad**. Madrid: Metatemas, 2000. P. 86)

¹⁴⁸MAFFESOLI, Michel. **Iconologías**: nuestras idolatrías posmodernas. Barcelona: Península, 2009. P. 151.

¹⁴⁹O acesso a um número cada vez maior de informações graças a las modernas tecnologías introduce al individuo em una complejidad que a menudo no logra gestionar. Como bien saben los lógicos, el exceso de información anula el conocimiento anula el conocimiento pero, viviendo em un mundo donde incluso la compra de un producto cualquier nos somete a un enorme flujo de informaciones, pensemos hasta qué punto puede complicarnos la vida esta paradoja del exceso ante decisiones verdaderamente importantes. [...] Los dilemas indecibles del hombre moderno son producto del intento de controlar o incontrolable gracias al poder del conocimiento. Pero, el conocimiento mismo puede llegar a ser fuente de ignorancia y sufrimiento. (NARDONE, Giorgio; DE SANTIS, Giulio. **Pienso, Luego Sufro**: Cuando Pensar Demasiado Hace Daño. Madrid: Paidós, 2012. P. 22-24)

¹⁵⁰La cosa del texto es sin duda el objeto de la hermenéutica, es el mundo que el texto despliega ante sí. Y este mundo, agregábamos pensando sobre todo en la literatura poética y de ficción, toma distancia con respecto a la realidad cotidiana hacia la que apunta el discurso ordinario (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 117)

¹⁵¹NIETZSCH, Friedrich. **La Gaya Ciencia**. Disponível em: <<http://www.librodot.com/>>. P. 23.

¹⁵²CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit**. Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur. 10^e ed. Paris: EJA, 2001. P. 25.

Esses mundos representam que a Ciência do Direito atual deve eliminar os passos daquele andar em círculos criado pelo ambiente desértico. Portanto, a racionalidade que se constrói pelo paradigma científico da complexidade demonstra amplamente que não se perca de vista o que se passa noutros campos da ciência, o qual apagam fronteiras, como as que separam a química e a física. Tem-se a impressão de que as distinções desbotam e os contrastes se fundem.¹⁵³ A ontologia volta a sopesar o direito como um modo de ser do Homem, pois bem o direito não é forma de vida, mas sim é vida em si mesma, abarca toda a conduta e toda a ação, as quais contém seu aspecto jurídico e seu aspecto moral independente, pois cada ação pode ser captada como conduta em interferência subjetiva ou como conduta *de* interferência subjetiva.¹⁵⁴

Nossa sociedade não se apresenta homogênea, expressando-se, sim, por via de grupos sociais, posições políticas, vontades e ideologias que se contrapõem: “*Salvación, felicidad y secularización de la existencia, es la trinidad de la mitología moderna, u occidental, que viene a ser lo mismo. Todas las cosas descansan en una concepción de la Historia que se puede dirigir. Y eso, evidentemente, tanto para la historia individual como para la Historia universal.*”¹⁵⁵ Esta pluralidade entoa-se junto ao amplexo formativo da multiplicidade de

¹⁵³MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo III. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 31.

¹⁵⁴El Derecho no es forma de vida, sino que es la vida misma bajo uno de sus aspectos irrecusables. El Derecho como la Moral abarca toda la conducta y toda acción contiene su aspecto jurídico y su aspecto moral independientemente, pues cada acción puede ser captada como conducta en interferencia intersubjetiva o como conducta interferencia subjetiva. La distinción es eidéticamente exhaustiva porque no hay otra manera de interferencia posible: o la persona interfiere existencialmente consigo misma en el hacer y el omitir, o interfiere con los demás coexistencialmente en el hacer y el impedir. Es verdad que nadie puede impedirme de pensar lo que se me ocurra en mi intimidad: pero esto no significa que este acto escape al ámbito jurídico por falta de conducta en interferencia intersubjetiva. La conclusión correcta, llena por su propia constitución esencial el hombre tiene la facultad jurídica de pensar íntimamente lo que se le ocurra. Despunta en este el valor jurídico de la persona, sobre el que alguna vez ha de levantarse la metafísica de la Justicia, como un límite óptico que el juego coexistencial no podría hacer desaparecer. La reinstauración del concepto de facultad jurídica tiene por aquí una vía que no se ha apreciado debidamente. Pero ha de decirse, sin embargo, que la abstracta conducta que presenta ese ejemplo límite, en los hechos se presenta encapsulada dentro de formas de conducta más directamente expresivos de su contenido anímico, por ejemplo pensar y comunicar, o pensar en cierto estado de reposo y tranquilidad, etc.. En tal caso, es obvio que la comunicación y el reposo son conducta compartida en el sentido antes definido y que la imposibilidad definidora de lo jurídico se ofrece en ellas plenamente. Con ello volveríamos, sobre base realista, a la tesis de que lo jurídico abarca toda la conducta. (COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 81-82)

¹⁵⁵El de la razón soberana, y de la vía recta, la recta vía que aquélla consiguió imponer como único modelo de interpretación y de acción sobre el entorno social: la organización de la sociedad. Y sobre el medio ambiente natural: la dominación a ultranza de la naturaleza. La profunda mutación de la que se pueden observar numerosos indicios por todo el mundo debe, por tanto, ponerse en relación con la saturación de la mitología de la Ilustración. Puede parecer paradójico asociar esos dos términos. Y no obstante, la reducción de todas las cosas a su simple dimensión racional fue un combate de largo aliento, que movilizó la totalidad de las energías de los protagonistas que se entregaron a él. Se produjeron destacados hechos de armas, que sirvieron de ilustración a Voltaire, Rousseau y Diderot. Hubo mártires. Incluso se llegó a rendir culto a la diosa Razón. No se trata tan sólo de señalar las aparentes supercherías racionalistas, sino también de hacer patente que la especificidad de la tradición occidental es una permanente búsqueda de la salvación. Nunca se insistirá bastante. En efecto, es necesario recordar que la soteriología (la búsqueda de una salvación individual) es una excepción cultural y/o religiosa. Fue el origen indudable de lo que, después, y de una manera más profana, se convertiría en la búsqueda de la felicidad, para

interesses, que resulta na necessidade de um rol amplo de decisões jurídicas – possibilitada pelos meios efetivos de resolução dos conflitos -, indo na direção contrária de uma lógica jurídica <formal> e <fechada> para o novo. Essa pluralidade deseja ser escutada e ter suas vontades - muitas vezes inovadoras - frente ao antigo sistema e que sejam levadas em relevância. Essa é a face de um pluralismo que, usando de sua *cidadania*, deseja escutar e ser ouvido.

O fenômeno conflitológico de Interesses parte da dificuldade de percepção da existência do outro para além de um sentido objetivo ou por via da interpretação errônea da intencionalidade. Merleau Ponty assevera “*É a este preço que existem para nós as coisas e os ‘outros’, não por uma ilusão, mas por um ato violento que é a própria percepção*”¹⁵⁶. A única maneira de ser realizada uma melhor compreensão da relação entre indivíduo e sociedade é romper essa antítese. Os atos reflexos do outro não são captados instantaneamente por via de uma interpretação intelectual, pois inexistente a compreensão intencional do ato do outro, de maneira que subsiste apenas a captação objetiva não contextualizada restando esse ato mal compreendido pelo ser, gerando uma incapacidade pelo diálogo em vista do ato mal compreendido. As violências e não violências transformam-se via processo em pretensões dos atores pelo direito subjetivo e pela situação jurídica subjetiva, momento estático¹⁵⁷ do direito; de maneira que o Processo – momento dinâmico do direito -busca elucidar junto ao jogo a verdade fenomênica que se manifesta nos atos causadores do fenômeno conflitológico de interesses.

Ocorrem inúmeras tentativas a melhor redução de complexidades para com a adaptação social do direito,¹⁵⁸ pois foram inúmeras as transformações do Estado para melhor adaptar o ser

desembocar en esta sociedad sin riesgos, modelo acabado de la modernidad occidental. (MAFFESOLI, Michel. **Iconologías**: nuestras idolatrías posmodernas. Barcelona: Península, 2009.P. 121-122)

¹⁵⁶MERLEAU PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora,1994. P. 485.

¹⁵⁷Para chegar à formulação do direito que, como se disse tantas vezes, Constitui a estática da qual a política é a dinâmica, faz falta que os órgãos dispostos para isso procedam a um trabalho não fácil de interpretação, de coordenação e de seleção de todas as forças sociais que em um certo momentos histórico se chocam entre si e se empurram para tranforma-se de aspirações reformadoras ou de rebelioes revolucionárias, em mandatos de legítimas autoridades. A formulação do direito, que é a síntese e o resíduo destas forças, pressupoe, pois, um árduo processo, que se poderia chamar de diagnoose política, pelo qual estas forças desordenadas devem ser dominadas coordenadas, aplacadas; e só entao, depois que se realizou dentro do forno da política esta combinação com o fogo de elementos heterogenios, pode aparecer no fundo do crisol, como o metal puro que se libera das escórias da fusao, o puro direito cristalizado (CALAMANDREI, Piero. **Estudos de Direito Processual na Itália**. Campinas: LZN Editora, 2003. P. 78)

¹⁵⁸a) Dimension sociológica: La complejidad de la dimensión sociológica refiere a adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida humana. Abarca distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas -de la economía, la religión, la lengua, la historia, la ciencia, el. arte, la educacion, etc.- y del azar. Centralmente integra repartos producidos por la conduccion de hombres determinables. Las distribuciones y los repartos se desenvuelven en el juego de la fuerza. La elaboracion de normas juridicas en la Argentina ha de atender, por ejemplo, a distribuciones de la naturaleza del territorio: muy extenso, con diversidad

de climas y de riquezas, sobre todo con posibilidades agrícolas y ganaderas, en parte signado por la Cuenca del Plata, etc. Con relación a las influencias humanas difusas, la elaboración de las normas en la Argentina ha de tener en cuenta que nuestra economía no ha cumplido ampliamente el recorrido de la Revolución Industrial y tiene a menudo características parasitarias y feudales, tal vez por cierta herencia hispanica, nutrida del parasitismo favorecido por la Mesta. Debe considerar que la cultura argentina esta en el hemisferio sur y en el Atlántico, con las dificultades y el favor que hasta ahora esto aporta. Se ha de tener en cuenta que nuestro país esta signado por los enfrentamientos a menudo simplificadores de los sectores hispanico tradicional (hoy en gran medida kirchnerista) y anglofrances (ahora con cierto apoyo peronista tradicional). El sector hispanico tradicional se nutrio con afinidades de las culturas originarias, que ahora van teniendo mas participacion. El anglofrances, con afinidades norteamericanas. El ambito hispánico tradicional es organicista, intervencionista (paternalista) y romantico, invoca a veces un extremo de la legitimacion mayoritaria y es mas católico propiamente tal. El ambito anglofrances es mas individualista, pactista, abstencionista y liberal e ilustrado e incluso podria sostenerse que tiene afinidades con la Reforma. Al fin es posible pensar que el individualismo de la modernidad, presente en el sector anglofrances, es en gran medida hijo del evangelismo (protestantismo), donde se afirma la libre interpretacion de la Biblia y, sobre todo en el calvinismo, no hay sacerdocio. En cambio, el organicismo del sector hispánico tradicional es en mucho resultado del cuerpo místico, con fuertes despliegues sacerdotales, de la Iglesia romana. La elaboración de las normas, sobre todo privadas, como las de los contratos, ha de tener en consideracion la influencia humana difusa emergente de la primacia de la lengua inglesa en casi todo el mundo. Para comprender los repartos (y elaborar normas) hay que referirse a sus repartidores, recipiendarios, objetos, formas y razones. Los repartos suelen estar lejos de lo que las normas dicen al respecto. La comprension de la complejidad de las diversas adjudicaciones juridicas incluyendo distribuciones y repartos esclarece las bases y los elementos de la elaboracion de normas y las decisiones respectivas. Según la propuesta de construcción jurídica trialista, diversa de la tradicional mayoritaria atada al poder, los repartos pueden desarrollar complejas relaciones autoritarias y autonomas, desenvueltas por imposición o acuerdo, que realizan los valores poder y cooperacion. Por ejemplo, las leyes y las sentencias suelen ser fuentes de repartos autoritarios y los contratos repartos autónomos. La inclusión de la autonomía como ámbito plenamente jurídico es una de las características no excluyentes pero si muy importantes de la construcción trialista. Este complejo de clases de repartos puede utilizarse en la elaboración de las normas, v. gr., en la opcion entre resolver por acuerdo o buscar un pronunciamiento judicial. Los repartos pueden constituir un orden (o régimen), realizador del valor homónimo orden. El orden se forma, así siempre de manera compleja, según un plan de gobierno o la ejemplaridad. El plan de gobierno indica quienes son los supremos repartidores y cuales son los criterios supremos de reparto. Es expresado en constituciones formales, tratados internacionales, decretos, etc. Cuando esta en marcha realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad se desenvuelve en el seguimiento de repartos considerados razonables y se manifiesta en la costumbre, la jurisprudencia, los usos comerciales, etc. Realiza el valor solidaridad. Los modos constitutivos generan complejidad del regimen. La complejidad de las posibilidades constitutivas ha motivado multiples tensiones y debates acerca de la ley (la planificacion, mas vinculada a la razon) y la costumbre (la ejemplaridad, mas relacionada con la historia). En la realidad hay diversidades que la razon suele no advertir o al menos no advertir en su cabal importancia. En la facticidad de la historia suele hacerse necesaria la intervencion de la razon. La elaboración de normas debe resolver esta relacion de un modo acertado, admitiendo la complejidad y no, por ejemplo, recibiendo modelos “disvaliosos” para las realidades de los pueblos, como ha sucedido reiteradamente en países como la Argentina. Una problemática de relación entre ley y costumbre en la actualidad argentina es la que se plantea con el proyecto de nuevo Código Civil. La nueva legislacion puede corresponder a una racionalidad juridica mas actual, en parte elaborada durante largo tiempo, e incluso casi al fin con participación de numerosos especialistas, pero su implantacion puede producir una derogacion organica no solo respecto de las leyes sino de la jurisprudencia, las costumbres y la doctrina anteriores, con un costo notorio. El desorden de los repartos se denomina anarquia y realiza el “disvalor” arbitrariedad. La anarquia puede ser subjetiva u objetiva, segun no se sepa quienes son los supremos repartidores o cuales son los criterios supremos de reparto. Tambien puede ser factica o imaginaria. La elaboración de las normas juridicas debe hacer una correcta apreciacion de las condiciones de orden o desorden en que se produce. Pese a sus posibilidades, la Argentina ha tenido reiteradas situaciones de desorden que han dificultado la elaboración de normas, por ejemplo, a través de la inflacion que ha introducido condiciones imprevistas. Los repartos y su régimen se desenvuelven en un complejo de querer y poder. Se desarrollan con limites voluntarios, establecidos por los repartidores, y pueden encontrar limites necesarios, surgidos de la “naturaleza de las cosas”. Los limites necesarios son principalmente físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos, pero pueden referirse también al necesario replanteo de proyectos en cuestiones vitales. La elaboración de las normas se desenvuelve en el complejo de los limites. La elaboración de normas en la Argentina ha tropezado reiteradamente con limites necesarios, por ejemplo, con la reiteracion de golpes de Estado y, en la crisis de 2001, en el fracaso de la ley 25.466 de intangibilidad de los depositos bancarios. Tambien hay que tener en cuenta las dificultades que afectan al mercado inmobiliario. La dimensión sociológica se desarrolla a través de categorías básicas: la causalidad, la finalidad “objetiva” que “encontramos” en los

acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad, la realidad y la verdad. Salvo la finalidad subjetiva, son “pantomías” y, como no podemos abarcarlas en su plenitud, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarlas donde no podemos avanzar, produciendo certeza. Las tensiones entre esas pantomías y la mononomía de la finalidad subjetiva generan dificultades en la complejidad de la elaboración de las normas. La elaboración de las normas ha de reconocer y resolver su lugar en la complejidad de la dimensión sociológica. En nuestro país los cambios de los sentidos de la finalidad objetiva y la realidad han promovido desconfianza que busca, por ejemplo, refugio en la salida del sistema a través de monedas extranjeras, principalmente el dólar. Muchas personas consideran que el marco de las posibilidades imprevisibles es demasiado abierto. Todo esto afecta, por ejemplo, a las contrataciones.

b) Dimensión normológica: En la dimensión normológica se considera norma a la captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el punto de vista de un tercero. La construcción de la noción de norma le asigna un sentido “promisorio”, de afirmación de que lo dispuesto sucederá, de modo que requiere de manera destacable el cumplimiento donde se produce su exactitud. Esta construcción, que afirma que lo dispuesto “será”, no impide la construcción en términos de “debe ser”. También es relevante el impacto que la norma produce en el conjunto del Derecho. La elaboración ha de tener en cuenta que la norma plantea una complejidad lógico-sociológica donde al final interviene la justicia. Como ejemplos de normatividades con gran impacto, cabe referir las del matrimonio igualitario y, en caso de dictarse, el que tendrá el nuevo Código Civil. Los problemas y sus soluciones son captados en los antecedentes y las consecuencias jurídicas de las normas, cada uno con características positivas y negativas, que han de estar respectivamente presentes o ausentes para que las normas funcionen. Se trata de una complejidad estructural que puede incluir relaciones de correspondencia o mera yuxtaposición. La correspondencia, legítima, puede ser por afinidad o por atracción aceptable 28. La mera yuxtaposición, ilegítima, puede generarse por falta de afinidad y por atracción inaceptable. La referencia a la complejidad de la estructura de las normas es un aporte relevante para la ordenación del pensamiento elaborador. En la Argentina muchas veces la elaboración de las normas es afectada en la característica negativa del antecedente que ha de rechazar el fraude a la ley. Las fuentes reales de las normas están en los repartos y sus autobiografías (constituciones formales, tratados internacionales, leyes, decretos, resoluciones administrativas, sentencias, contratos, testamentos, etc.). Hay fuentes que se dictan para cumplirlas, otras para hacer propaganda a fin de convencer y otras para enganar, caso este en que cabe hablar de fuentes espectáculo. Como lo ha señalado recién el profesor Alfredo Fernando Ronchetti, existe una gran complejidad de fuentes. Sin embargo, además de las fuentes de las normas cabe hacer referencia extensiva a las fuentes de la realidad social y los valores. La formalización requiere aptitudes técnicas, por ejemplo de redacción, que a veces no son suficientemente desarrolladas. Un enfoque relevante es el del papel de los formalizadores, por ejemplo, los escribanos, cuya imparcialidad se hace en ciertos casos difícil porque son requeridos por una de las partes. Dada la gran riqueza de fuentes, en las carreras referidas organizadas en la Universidad de Buenos Aires optamos por tratar en general las normas y no solo las leyes (incluyendo además constituciones, tratados internacionales, decretos, resoluciones administrativas, sentencias, contratos, testamentos, etc.), exclusividad con la que tal vez hubieran tenido un mercado más amplio. Las fuentes de conocimiento constituyen la doctrina y entre las fuentes reales y de conocimiento hay relaciones a menudo intensas. Es necesario elaborar considerando el complejo de las fuentes. Existe en nuestro país una gran abundancia de fuentes que pretende a veces resolverse no solo mediante la recodificación sino a través del Digesto Jurídico. Para que los repartos proyectados captados en las normas se realicen es necesario que estas funcionen. El trialismo evidencia la complejidad del funcionamiento de las normas, con sus problemas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis, con la transversalidad de la argumentación y son los cursos relativamente “paralelos” del funcionamiento formal y el conjetural. El destino de una norma se decide en su funcionamiento y en principio es el que le brindan los encargados del mismo (v. gr. los jueces). Cada uno hace lo que quiere dentro de lo que puede, aunque debe querer y poder lo valioso. Esto sucede también con los autores de normas y los encargados de su funcionamiento. Los problemas que requieren elaboración surgen, en el funcionamiento complejo de las normas, porque hay carencias (lagunas) históricas por falta de normas, en razón de haberse producido un olvido o una novedad jurídica o científico-técnica, y carencias dkelógicas, porque existiendo normas se las rechaza por considerarlas injustas. Ante las carencias es necesario elaborar normas (integrar el ordenamiento), por autointegración o heterointegración. Según lo señaló el profesor Chaumet, es importante conjeturar los entrecruzamientos de referencias a distintos funcionamientos de las normas (v. gr. a cargo del legislador y el juez). Al elaborar es muy relevante conjeturar el funcionamiento de la norma que se elabora. En tiempos como el actual, de cambio de era de la historia, las carencias por novedad científico-técnica e incluso por descarte dkelógico son sorprendentes y la complejidad del funcionamiento y de la elaboración adquiere especial relevancia. En la Argentina actual la elaboración de normas judiciales vive tensiones especiales. Existe un enorme complejo conceptual que el Derecho fue elaborando en muchos siglos y hoy tiene muy relevantes modificaciones. Los conceptos integran los repartos, dandoles precisión y enriqueciendo sus alcances. Esta integración requiere la realización del valor adecuación en las relaciones entre los conceptos y lo necesitado conceptualmente por los autores y la sociedad. La integración se desenvuelve en gran medida en la técnica de la elaboración de las normas. Uno de los cambios más importantes

en los conceptos utilizados en la Argentina de hoy es el que se ha producido en el matrimonio, incluyendo la union igualitaria. El ordenamiento normativo es un complejo de normas que capta el orden de repartos. Se ordena de maneras vertical y horizontal, en cada caso con sentidos de produccion y contenido, realizando los valores subordinacion e ilacion en la verticalidad e infalibilidad y concordancia en la horizontalidad; el conjunto satisface el valor coherencia. El ordenamiento posee subordenamientos que pueden tener mas o menos autonomia. Los subordenamientos son tales cuando en casos de lagunas hay que buscar en ellos, por ejemplo yendo a sus principios superiores, y no a subordenamientos paralelos. El ordenamiento se soporta en una norma hipotetica fundamental a elegir cuando brinda una "piramide" (un escalonamiento) que se cumple. Las relaciones entre las lagunas y la actitud de los encargados del funcionamiento se presentan en un complejo de posibilidades de meros ordenes y sistemas materiales y formales. Las fuentes formales habituales de los meros ordenes son recopilaciones y las de los sistemas son codificaciones. La cantidad excesiva de normas puede producir contaminacion legislativa. En Argentina se pretende un proceso de recodificacion. Una perspectiva de reelaboracion ambiciosa es la ya referida que pretende el Digesto Juridico Argentino. La principal categoria basica de la dimension normologica es la verdad. Al realizarla se produce la vinculacion debida entre las normas y la realidad social que captan. La elaboracion de las normas ha de tener en cuenta la necesidad de realizar la verdad normo-sociologica. En paises como la Argentina esta vinculacion suele ser escasa. Al elaborar una norma es relevante establecer su lugar en el ordenamiento y en la dimension normologica en general. c) Dimension dikelogica: 18. En la dimension dikelogica de la construccion trialista que proponemos hay un complejo de valores que culmina en la justicia. En ese complejo han de producirse entre los valores relaciones legitimas de coadyuvancia o sustitucion, pero no ilegítimas de secuestro. A su vez, el material estimativo de la justicia en el Derecho es sumamente complejo porque es pantonomo, es decir, abarca la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como no nos es posible abordarlo con esos alcances, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, debemos fraccionarlo donde no podemos conocer o hacer mas, produciendo seguridad juridica. Siguiendo un camino senalado por Aristoteles, cabe referir que la justicia puede ser pensada segun un complejo de caminos, es decir, clases de justicia. Una de las clasificaciones de la justicia es la que diferencia la particular y la general (que se remite al bien comun). La justicia particular es mas afin al Derecho Privado y la general es mas afin al Derecho Publico. La elaboracion de toda norma ha de tener en cuenta cuales son el complejo de valores, los alcances y los caminos de la justicia en que se instala. En la Argentina, a semejanza de otros paises al menos relativamente capitalistas, suele haber grandes condicionamientos utilitarios a la elaboracion de las normas. Por otra parte, a nuestro parecer existen demasiadas injerencias o incluso ausencias gubernamentales, que producen desfraccionamientos y fraccionamientos con un clima de inseguridad. En general el país tiene escaso desarrollo del sentido real de bien comun, es decir, escaso desenvolvimiento verdadero del Derecho Publico. Mucho se lo invoca, poco se lo realiza. Para avanzar en cuanto al contenido de la justicia, es necesario contar con un punto de partida que puede ser referido dentro de un complejo de objetividad/subjetividad, de naturalidad/culturalidad o de construccion que no se remita a ninguno de esos soportes. Proponemos adoptar como construccion basica el principio supremo referido por Werner Goldschmidt con caracter objetivo y natural de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona. Con este principio ha de encararse la justicia de los repartos y el regimen y debe resolverse la elaboracion de las normas. Es importante considerar la justicia de los repartos en el complejo de puntos de vista senalados precedentemente, es decir, en cuanto a repartidores, beneficiarios, objetos, formas y razones. La legitimidad de los repartidores se apoya en la autonomia, la paraautonomia, la infraautonomia, la criptoautonomia y la aristocracia. La justicia de los beneficiarios se basa en los meritos y los merecimientos. Tema relevante es tambien el de la capacitacion de los elaboradores, legisladores, administradores, jueces, contratantes, etc. La legitimidad del objeto, que lo hace "repartidero", se refiere a la vida, la propiedad, etc. La justicia de la forma se apoya en la audiencia. La legitimidad de las razones se basa en la fundamentacion. El tiempo actual suele contener tensiones importantes entre la legitimidad autonoma y la infraautonoma y entre la justicia por los meritos y los merecimientos. La elaboracion de las normas ha de tener en cuenta la complejidad de los sentidos de justicia de los repartos. En la Argentina actual las normas suelen elaborarse con fuerte referencia a la infraautonomia de la democracia y a los merecimientos de la necesidad. Asimismo es relevante pensar un complejo de exigencias para que los regimenes sean humanistas; opten legitimamente entre el abstencionismo y el intervencionismo; respeten a los individuos en su unicidad, su igualdad y su pertenencia a la comunidad -con los respectivos requerimientos de liberalismo politico, democracia y "res publica"- y los amparen contra los demas individuos como tales y como regimen, con referencia a si mismos y frente a "todo lo demas" (enfermedad, miseria, desempleo, ignorancia, etc.). La elaboracion de normas ha de referirse a la complejidad de contenidos del regimen de justicia. En la Argentina actual la elaboracion de las normas gubernamentales suele orientarse hacia el intervencionismo, la igualdad y la "res publica" y el amparo contra "lo demas". Un despliegue de actualidad en la Argentina es el debate acerca de la proteccion del individuo contra el regimen mediante la division de poderes. Consideramos que se puede avanzar de cierto modo en la reflexion atendiendo a que los tres poderes significan una complejidad pura, pero en terminos del pensamiento que pudo fundarse en los siglos XVII y XVIII (Locke, Montesquieu). Estimamos que la complejidad actual requiere incorporar los despliegues mas sociales que

a mundaneidade existencial que é notadamente acentuada, ainda mais se tratando das necessidades humanas que apresentam-se de uma lado como produtoras de angústias profundas e de outro produtora de desejos dos mais diversos voltados as mais indiferentes pré-compreensões da filosofia, pois o fenômeno tratado como fenômeno conflitológico de interesses apresenta-se a atual sociedade como relevante *iter* para a adaptação existencial humana do ser, produzindo assim uma compreensão hermenêutica desveladora das viscissitudes do ser, o qual as entifica.

Na transformação do conflito em direito, deve o processo ser um espaço para a comunicação humana, permitindo, simultaneamente, a expressão de razões, princípios e persuasão, assim como de negociação de preferências, bem como paixões, emoções e crenças, para enriquecer nossos entendimentos recíprocos. As formas diversas do fenomeno do existir demonstram que parece ser um momento propício para o desenvolvimento do campo de resolução de conflitos.¹⁵⁹

desenvolvieron los siglos XIX y XX, con participacion de instituciones universitarias, organizaciones no gubernamentales, etc. La gran tension que hay entre los poderes Ejecutivo y Judicial en nuestro pais podria aliviarse si estos marcos sociales intermedios intervinieran sirviendo al equilibrio respectivo. La Constitucion Nacional dice, en su texto basico, que el pueblo no delibera sino por medio de las autoridades creadas por la Constitucion. Mas alla de la atenuacion de esta regla a traves de la reforma de 1994, conviene tener en cuenta que entidades como las que acabamos de señalar podrian haber superado las tensiones que hoy escinden en mucho la conciencia juridica nacional. Urge compatibilizar la democracia y la republica, de cierto modo, la democracia y el liberalismo politico. La democracia del siglo XXI ha de ser mas participativa que la de los siglos XIX y XX. Al elaborar normas es necesario tener en cuenta cual es su lugar respecto del contenido de la justicia. (CALDANI, Miguel Angel Curio. **El Juez, el Proceso y el Estado en la Postmodernidad**. Disponível em <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/829/648>. Acessado em 31/01/2018. P. 22-23. P. 87-100)

¹⁵⁹As the twenty-first century has begun with some of the most horrific and seemingly insoluble conflicts before us as human beings, beyond the individual disputes and conflicts of lawsuits to "virtual" or "viral" conflicts both larger and more permeable than the nation-state, we will need all of the forms of conflict resolution we can muster to attempt a peaceful future for the human race. This seems a most propitious time for the further development of the field of conflict resolution. For me, the hope to solve problems through conflict resolution has always seemed a sort of optimistic sensibility or leitmotiv, informing the way I look at conflicts at both the individual and international level. Decades of interdisciplinary study have given me hope that we are continuing to make progress on some key concepts-that we cannot solve problems with an exclusive focus on self-interest or town command, but must consider the needs, interests, and participation of others with whom we come into contact. I believe and hope that there are possibilities to create solutions and resources in lieu of destroying them in our interactions with each other. We must "create wealth" in the sense of enhanced human well-being if we are to continue to inhabit the planet with others who materially have less than we do. Sometimes we will need help from wise intervenors, and those wise intervenors can develop more knowledge about what is effective in their practice. I also believe that, while we need experts to help in conflict resolution, being able to truly participate in the decisions that affect our lives is a human necessity for legitimate societal outcomes and for peaceful coexistence of people with divergent values, so there is some tension between the aspirations of democratic participation and expert facilitation in conflict resolution theory and practice. In the context of these large and general assertions there are many interesting and concrete intellectual and practical projects to pursue. As we recognize that many disputes now involve multiple parties (if even only the insurer in a conventional two-party plaintiff-defendant lawsuit and the increased use of class actions in a variety of legal contexts) and many issues, negotiation theorists have appropriately turned their attention to development of theory for multiparty, multi issue negotiations (drawn from legal, business, political, and international disputes and conflicts), studying such issues as coalition formation, group dynamics, negotiation in dynamic settings, the role of leadership and coordination, information processing, and the different dynamics of competition, collaboration, cooperation, and coordination in multiparty settings.

Essa pluralidade de manifestação sócio-cultural é cabalmente observada de uma determinada cultura a outra, o que demonstra a diversidade comportamental do Ser, denotando as intensas transformações contextuais sociais.¹⁶⁰ A *hiperconexão* consequência da união da socialização e da revolução técnico-científica causa, como nunca visto um incremento na complexidade dos processos de relação social. Produto de um processo evolutivo, essa complexidade somente pode ser controlada por meio de modelos que contrasta empírico e pragmático com a realidade posta, ou seja, por uma visão contextual do fenômeno social.

A sociedade do conhecimento técnico- científico dos fatos não é a sociedade do saber: conhecemos muitas possibilidades de ação e resolução pragmática dos fatos e pouco se <reflete> sobre a dinâmica da existência e da geração de tais ações. A sociedade dinamizada, e sob o *afã* da pós/trans/hiper-modernidade¹⁶¹, vê-se dominada pelas organizações burocráticas que tem o poder de controlar, e muitas vezes, destruir as comunidades, os valores, as vidas e, conseqüentemente, a capacidade do Ser de se expressar subjetivamente.

El Derecho tiene dos caracteres en conflicto: por una parte, su carácter reversible, en principio, por otro, su carácter polemógeno al tiempo que irenológico. A partir del momento en que pasa a ser ley común entre el débil y el fuerte, el poderoso y el plebeyo, el primus et secundus —a partir del momento en el que ocupa la posición de un tercero que puede ser invocado tanto por el uno como por el otro (y esto sucede,

This theory is currently being tested in such fora as negotiated rule making before administrative tribunals, in public policy settings, in community disputes, in truth and reconciliation commissions, in public conversations and dialog projects all over the world, as well as in new forms of conventional law courts, seeking multidisciplinary solutions to common problems (drugs, family dysfunction, etc.). My own theoretical work has come to focus on how interdisciplinary conflict resolution theory can be reunited with legal and political theory jurisprudence, and constitutional law to explore how these newer forms of conflict resolution and dispute processing can become perhaps a fifth branch of governance (beyond executive, legislative, judicial, and administrative) to a form of ad hoc democracy of participation by the acted-upon that marries modern democratic discourse theory to conflict resolution theory. At the theoretical level, this work asks how we can form conflict resolution processes that enable all forms of human discourse to be "heard" in Hampshire's terms. Can we create "space" for human communication that simultaneously allows for expression of (1) reasons, principles, and persuasion, (2) preference trading and bargaining, and (3) passions, emotions, and beliefs, and that can find a way for such expressions to enrich our understandings of each other and find ways of solving specific problems? Can we find ways to address the more general problem of coexistence with varied and diverse needs and values? These are the future process and jurisprudential issues-how can we develop processes that allow in and legitimate more than one form of discourse? Some new legal, governmental, and private processes are already experimenting with these multiple levels of discourse-negotiated rule making, problem-solving courts, and public conversations or dialogs to name a few. IDS New process institutions must be responsive to foundational process values of participation, assent, self determination, and mutual responsiveness and respect, while aspiring to achieve both peace and justice. Many international efforts, like those in simple legal dispute mediation, now proceed at both "informal" and "formal" levels simultaneously. Two-track diplomacy plays out in the international arena as caucuses are used in private mediation, exploring both bottom-up, informal, private, and task-oriented problem solving, with more formal, facilitated, or orchestrated public, transparent, and joint meetings. (MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context**. Disponível em: < <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/>>. Acessado em:31/01/2018.P.21-22)

¹⁶⁰GUIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005. P. 37-39.

¹⁶¹No que tange às incertezas específicas das Ciências, vale consultar: LINDLEY, David. **Incetidumbre**. Barcelona: Ariel, 2007.

aun si, con frecuencia, también nos encontramos con que su contenido es más favorable a uno que al otro)—, el Derecho funciona igual de bien como límite coactivo que como recurso liberador, es tanto escudo para la defensa como arma de combate. Todos han de poder recurrir a él, ya sea como demandantes o como defensores, como acusadores o como acusados.¹⁶²

A elevação do Processo como Ciência, assim como a sua racionalização, acaba por dirimir o poder de ação da dialética processual, afastando-a das matérias *inter* e transdisciplinares que convivem com o direito. Afirmar uma reivindicação na concepção formalista e literal em um Processo que denota um procedimento rígido e burocrático é estar frente ao outro sem a possibilidade dialogal balizado por um procedimento pré-concebido que levará em consideração estritamente as subsunção na norma aos fatos. Por via desse sistema, observa-se o esvaziar e a negação da linguagem, que fundamenta a razão do existir. Desta forma, a Lei nem sempre dá a tonalidade adequada à composição de interesse na forma que deveria para a plena e justa resolução; cor esta traduzida pela resposta de um Processo imbuído de sincronia com a pretensão situacional existencial.¹⁶³

¹⁶²Esta primera reversibilidad dialéctica acarrea una segunda, igualmente esencial: aun siendo factor de orden, de paz y de seguridad, el Derecho es también, y en la misma medida, factor de protesta, de impugnación, y de conflicto. Tal y como observa J. Freund, si bien el Derecho es «solución de conflictos» es, de forma muy frecuente, «el motivo» de los mismos, de manera que es preciso reconocerle tanto funciones «polemogénicas» como «irenológicas». Sin duda, al actuar haciendo oficial un determinado estado de las relaciones sociales, la regla jurídica pacifica un estado de cosas imponiendo una suerte de tregua ante la afrenta constante que suponen las relaciones de fuerza e interés; pero, por otra parte, al hacer visible el conflicto del que emana y darles a los protagonistas instituciones y procedimientos para su preservación o su mejora acaba por instaurar con ello una «paz armada». Bajo un régimen jurídico, la paz que caracteriza una sociedad no significa ausencia de conflictos, sino más bien el establecimiento de mecanismos susceptibles de resolverlos pacíficamente: un estado «agonal», «civil» en cuyo seno se hacen valer unas reglas del juego que son las que presiden la confrontación entre los protagonistas. «Paz armada», el oxímoron traduce bien la paradoja dialéctica del Derecho: un Derecho del que nadie puede apoderarse por completo, y que trae siempre consigo orden y seguridad. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P. 21-22)

¹⁶³We have perhaps got to the point of equilibrium that this chapter was supposed to reach: to give sufficiently to law for its existence to come from the outside with its own force and efficiency; not to charge it with transporting any functions other than its own. Talking of symbols with respect to law could only weaken it, this is easy to understand. When the human sciences resign themselves to symbols it is because they have abandoned the task of understanding the particular mode of existence, with which humans enter into relationships. Saying of the human psyche that it is symbolic is a way of no longer recognizing the invisible beings with which the conscience has to grapple. Saying that religion is symbolic means voluntarily giving up the idea of endowing the divinities with any form of ontology, making them the vague consequences of a storm within the brain. Saying of scientific facts that they are symbolic means shrinking from before the enormous difficulty of finding their very particular mode of existence, which is precisely the fact of not being natural. Likewise, saying of law that it is symbolic, something mental, a product of the human brain, a random social construction, would amount to capitulating from the outset by giving up the idea of discovering the ontology that suits it uniquely. The social sciences will never get out of the dead-end into which their epistemology has dragged them, unless they give up symbols in order to grapple with ontology. The risks are huge; the gains also. They would talk about reality, finally, instead of that which forever veils it. Imagine that: social sciences which would be realistic rather than critical or sceptical; social sciences which would be constructive and no longer prisoners of social constructivism, that debilitation of the soul? (LATOUR, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010.P.274-275)

A aderência de uma teoria do direito hodierna, que absorve o paradigma científico da complexidade, ampliada à Ciência Processual, trata a Ciência Processual como Rainha das Ciências Jurídicas¹⁶⁴. Isso porque o direito é fenômeno de adaptação existencial^{165, 166, 167}, ou seja, deve ser algo dinâmico, o que o processo muito bem representa, porque o direito acompanha a complexidade do mundo (o que é orgânico é plural). São essas complexidades que dilatam os círculos sociais, assim fazendo com que a adaptação social venha a acompanhar os fluxos, refluxos e influxos coesos ou não da formação do senso de mundo jurídico (inorgânico), para que passa a ter uma melhor performatividade adaptativa ao social (mundo orgânico).

Neste norte, o direito por referência entabula-se à adaptação existencial produzida por uma categoria pré-existente, que se apresenta pela via inorgânica-artificial como inferência jurídica, que se alinha ao orgânico, que é inferência puramente social.¹⁶⁸

los planteamientos del paradigma de la **complejidad prevalece la ética del dialogo y la voluntad de cooperar con los demás**, con los otros científicos y con toda gente. La transdisciplinariedad significa el rechazo de todo dogmatismo, de toda cerrazón

¹⁶⁴COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970. P. 80.

¹⁶⁵O direito obtém a adaptação social, que o faz processo social específico, através de relações entre pessoas e de ligações de pessoas. A mina, que se descobre há de ser ligada a alguém. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. P. 24)

¹⁶⁶1) Que o direito, fenômeno social, é processo de adaptação ou de corrigenda dos defeitos de adaptação do homem à vida social. É oportuno notar que, se a moral prevalecesse, de si só, em todas as relações humanas, isto é, se a sociedade fosse constituída de seres perfeitos, não se daria o que se pretendeu. SHUPPE, mas o que nesta obra deixamos expresso. Quer dizer: não seria supérfluo o direito, como escreveu aquele filósofo, a forma das relações perfeitas constituiria o direito. O direito não pressupõe a imperfeição humana, que ele corrija: o governo, sim. O direito, que seria supérfluo, somente poderia ser uma parte do direito, a destinada a corrigir os defeitos de adaptação do homem à vida social, e não a que exprime a própria adaptação. 2) Que o direito, no sentido subjetivo, é a situação assegurada a cada indivíduo (homem ou grupo social), na distribuição dos bens e atribuições da vida. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo III. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 51)

¹⁶⁷O que há de imitável no Direito é o fenômeno, o processo social de adaptação, uma como constante da harmonia social, como há a constância mecânica, a constância física, a constância química. Para manter o equilíbrio entre forças, mais ou menos iguais, quase todas convergentes, não deve ser muito variável a intervenção. Maior ou menor a população, mais adiantada ou retrograda a cultura, trata-se de ordem. Harmonia e solidariedade entre homens e não poderia divergir muito o elemento coordenador, sem que houvesse mutação radical nos caracteres humanos. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 78-79)

¹⁶⁸**Ciência e Adaptação Social**. A prática está intimamente ligada à teoria, ao conhecimento do dado; não se concebe Lógica, nem Estética, nem Moral, sem a parte psicológica, sem a análise do conteúdo da consciência lógica, estética e ética, assim como a segura técnica não é possível sem a prévia elaboração da ciência natural. O fim da Moral não é pregar a Moral, mas dá-la e alterá-la. Assim à Ciência positiva do Direito: não prega o Direito, - explica-o, funda-o, altera-o, estende-o. desse conhecimento é que se pode tirar a técnica, ou corrigir a anterior, que não assentava dados tão exatos. Ciência do Direito e Ética ensina a compreender o fenômeno. Também a regra jurídica, como a regra ética, produz, é motivo, o que lhe empresta caráter final: mas isso não justifica considerá-la somente como fim. Sociologicamente, é produto, e, como tal, susceptível de indagação científica. Demais, o que há de finalística, quando se examina o causalismo social, mais vasto, envolvente, a que corresponderia fim mais geral e mais profundo, que é o adaptação do homem à vida social. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 93-94)

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.¹⁶⁹ (g.n)

O ideal da adaptação social que busca o Processo muitas vezes não é alcançado, de maneira que se observa o Processo agir em sentido contrário do caminho da resolução dos fenômenos conflitológicos de interesse. Nesse sentido, de comum caso a intervenção judicial criar ou transformar conflitos pré-existentes em conflitos novos. Por isso, vale destacar que a metodologia *ametodologizada* – ou seja, que irrompe o formalismo burocrático e que nega o diálogo - de desvelamentos *proclisiais* atende às mutações em constância de um fenômeno conflitológico de interesses.

Esta concepción científica del proceso trae consigo el surgimiento de tratadistas, escuelas, posiciones que hacen del derecho procesal sin necesidad de llevarlo al terreno práctico, todo un campo de reflexión, tanto científico como filosófico, al grado de que algunos personajes teóricos nunca necesitaron ejercer la abogacía o la jurisdicción como arte o técnica del derecho procesal para comprender, explicar y desarrollar con profundidad y pasión el mismo. Así es como nace y se desarrolla, el foro científico procesal (distinto del foro de los tribunales), donde se especulaba por medio de prousiones, ensayos, artículos y tratados. Comienza a cobrar importancia y relevancia la investigación científica, la contemplación histórica, los discursos procesales; la dialéctica como fuente de discusión, para abrir caminos de un nuevo Derecho *que había sido tratado únicamente por cuanto a su exterior, por cuanto a su forma, por cuanto a su diseño, pero nunca respecto de su interior, de su corazón.*¹⁷⁰

A norma em seu perfil cartesiano toma para si que a explicação tem que fundamentar o posterior, ou ao menos aquilo como logicamente posterior a partir do anterior. Entretanto, a norma não é rigorosa, pois é socialmente imposta. Dessa maneira, a *dialética metafísica* nesse sistema formalista é ilógica e inaplicável. Este sistema que nega a contingência foi o que vigorou desde o cerne da Dialética: do pré-socrático Heráclito, pelo princípio da contradição – um objeto pode ser igual e diferente de si mesmo - e Parmênides, pelo princípio da identidade - movimento é uma ilusão e a realidade é imutável. Heráclito inaugura o conceito de tese e antítese. No entanto, os filósofos posteriores, tal qual Aristóteles, optaram pelo princípio da identidade, criando sobre ele sua Lógica Formal que vai comandar o pensamento durante a Idade Média e parte da Idade Moderna. Por meio dos diálogos, Platão elege o diálogo como o meio para o conhecimento puro. Ao usar da linguagem e de seus belos (e retóricos) termos,

¹⁶⁹VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 37-38.

¹⁷⁰FERRER, Luis Alfredo Brodermann. **La Dialéctica Procesal**. Disponível em: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/9/4250/16.pdf>>. Acesso em 16/10/2016. P. 352.

dando ênfase a essa beleza, guarda certo mistério em sua expressão. A poética Platônica assemelha-se à *estética das decisões jurídicas*, uma vez que se esforça muito para evidenciar definições fixas, mostrando-se, assim, propagador de uma continuidade de pensamento.^{171,172} A realidade não muda. É a estática prevalecendo sobre a dinâmica.¹⁷³

¹⁷¹Para os gregos a concepção de Heráclito era considerada muito abstrata, muito unilateral, pois havia certa perplexidade em relação ao problema do movimento, da mudança. O que é que explicava que os seres se transformassem, que eles deixassem de ser aquilo que eram e passassem a ser algo que antes não eram? Os gregos preferiram a resposta que lhes concedesse maior segurança racional, encontrando-a em Parmênides, aderindo à metafísica.

¹⁷²El giro hermenéutico hacia la conversación que yo he ensayado va en el mismo sentido y no se limita a retroceder, detrás de la dialéctica del idealismo alemán, a la dialéctica platónica, sino que apunta por detrás de este giro socrático-dialogal a su presupuesto: la *anamnesis* buscada y suscitada en los *logoi*. Esta evocación tomada del mito, pero pensada con plena racionalidad, no es sólo la del alma individual, sino siempre la del «espíritu capaz de unimos» a nosotros, que «somos una conversación». Pero estar-en-conversación significa salir de sí mismo, pensar con el otro y volver sobre sí mismo como otro. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método. Tomo II.** Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. P. 355)

¹⁷³Seria preferible no llamar metafísica a la dialectica platónica, sino, por si acaso, meta-matemática. Finalmente, son experiencias de orden las que primero destacan en el pensamiento matemático y que junto con todas las demás experiencias de lo humano y del ser constituyen el conjunto de la experiencia del mundo en el que tenemos que orientarnos. Esto no quiere decir que podemos calcular todas y cada una de las cosas. Pero tampoco quiere decir que no debemos seguir, allí donde lo podemos, el paso que impone nuestra ciencia moderna. La ciencia moderna es ciencia en un sentido diferente e incomparable y esta ubicada en su propio terreno, el de la experiencia constructivamente proyectiva. La física y la metafísica teleológicas, contra las que se ha definido a sí misma, no pueden querer imponerse frente a ella. Mas bien hemos aprendido a ver, y también con la pregunta renovada por Heidegger acerca de lo que realmente es metafísica, que hay una unidad más profunda que domina la historia de la experiencia occidental del mundo desde sus primeros comienzos y que la prehistoria de la moderna y europea civilización mundial tecnológica no debe buscarse en impulsos enterrados de la ilustración griega, por ejemplo, en el gran desconocido que es Demócrito, y por tanto en una eliminación de toda la metafísica, sino que esa experiencia ya está en obra en estos mismos comienzos. Cuando Heidegger vio que la respuesta platónica y aristotélica a la pregunta socrática desembocaría finalmente en el callejón sin salida de nuestro esclarecimiento del mundo, se remonta cada vez más atrás para intentar preguntar acerca de un comienzo que se iba alejando más y más. ¿Que podemos hacer por nuestra parte sino preguntar igualmente hasta allí donde nos surge algo? Así lo hace cualquiera que cree no estar en el camino correcto. Se vuelve al comienzo, donde aun sabe que se está en el buen camino. Y entonces, tal vez, en lugar del falso, se encuentra el camino correcto. En nuestra situación del mundo, ciertamente, no es tan fácil como eso de que simplemente habríamos ido por el camino equivocado y que sabríamos uno que es correcto por el que de hecho habríamos querido ir. Sin embargo, conocemos culturas superiores que no fueron por el camino de los griegos hacia la demostración matemática de la lógica y por el de la filosofía que lo continuaba y que llevaba a la metafísica y a la ciencia moderna. Esas otras culturas no distinguieron tanto como nosotros entre filosofía y religión, entre poesía y ciencia. Por eso nos arriesgamos a preguntar si tal vez hemos descuidado algo en nuestro camino. Hemos descuidado algo en nuestro pensamiento? El camino que lleva de la matemática y lógica griegas por la metafísica a la ciencia moderna que se ha convertido en nuestro destino ¿no nos pone tal vez ante nuevas tareas del pensamiento? ¿Lo haría de tal manera que precisamente lo no previamente pensable, lo no dominable, lo incalculable que siempre nos ha acompañado en nuestros caminos sería mejor pensable por nosotros? Deberíamos aprender tal vez a pensar más en el pasado? Esto no tiene que significar remontarse al primer comienzo o volver a un comienzo del todo diferente. Pero podemos ver a Platón solo como transición a la metafísica y no tal vez como el verdadero garante de la unidad innegable entre conocimiento y tradición de sabiduría religiosa y poética? Si esto último fuera cierto, siempre podríamos continuar aprendiendo de Platón. Incluso si vemos y reconocemos que también Platón ya estaba en camino al concepto, a la lógica y la ciencia que la historia universal recorrió con nosotros, deberíamos seguirle en el punto de que el no esperaba todo de este camino en concreto. Esto no significa una renuncia al querer saber, pero si la conciencia de que este camino no lleva a todo y que sigue quedando una tarea del pensamiento a la que no debemos sustraernos. Todos conocemos los límites de este camino en sí mismo ilimitado de la ciencia y la investigación, porque a todos nos mueve una intuición de lo bello y de lo divino. (GADAMER, Hans Georg. **Los Caminos de Heidegger.** Barcelona: Herder. P. 274-276)

A forma do diálogo pode ser descrita partindo do jogo humano¹⁷⁴ cujo sentido é construído¹⁷⁵, e não advém da subjetividade do jogador – pelo contrário, atrai este ao círculo. Na medida em que se constrói sobre a interpretação e a hermenêutica, a diferença ontológica só é possível dentro do contexto do círculo hermenêutico, onde prevalece o cuidado, e nesse preocupar-se eu tenho o conceito de ser, e, assim, compreendo a mim mesmo¹⁷⁶: a descoberta da estrutura prévia da compreensão¹⁷⁷. O círculo, ainda, quebra a filosofia da consciência.¹⁷⁸

A fascinação do jogo reside justamente no sair de si para entrar no contexto de movimento que desenvolve sua própria dinâmica. O modo de estar na conversação não depende

¹⁷⁴En este pasaje está reconocido fundamentalmente *el primado del juego frente a la conciencia del jugador*, y de hecho son precisamente las experiencias de juego que describen el psicólogo y el antropólogo las que se muestran a una luz nueva y más ilustradora si se parte del sentido medial del jugar. El juego representa claramente una ordenación en la que el vaivén del movimiento lúdico aparece como por sí mismo. Es parte del juego que este movimiento tenga lugar no sólo sin objetivo ni intención, sino también sin esfuerzo. Es como si marchase solo. La facilidad del juego, que desde luego no necesita ser siempre verdadera falta de esfuerzo, sino que significa fenomenológicamente sólo la falta de un sentirse esforzado, se experimenta subjetivamente como descarga. La estructura ordenada del juego permite al jugador abandonarse a él y le libra del deber de la iniciativa, que es lo que constituye el verdadero esfuerzo de la existencia. Esto se hace también patente en el espontáneo impulso a la repetición que aparece en el jugador, así como en el continuo renovarse del juego, que es lo que da su forma a éste. El que el modo de ser del juego esté tan cercano a la forma del movimiento de la naturaleza nos permitirá sin embargo una conclusión metodológica de importancia. Con toda evidencia no se puede decir que también los animales jueguen y que en un sentido figurado jueguen también el agua y la luz. Al contrario, habría que decir a la inversa que también el hombre juega. También su juego es un proceso natural. También el sentido de su juego es un puro automanifestarse, precisamente porque es naturaleza y en cuanto que es naturaleza. Y al final acaba no teniendo el menor sentido querer distinguir en este ámbito un uso auténtico y un uso metafórico. El sentido medial del juego permite sobre todo que salga a la luz la referencia de la obra de arte al ser. En cuanto que la naturaleza es un juego siempre renovado, sin objetivo ni intención, sin esfuerzo, puede considerarse justamente como un modelo del arte. Y esto significa evidentemente que uno entra en ellas hasta el punto de que ellas le superan a uno e incluso pueden llegar a imponérsele. La fascinación que ejerce el juego sobre el jugador estriba precisamente en este riesgo. Se disfruta de una libertad de decisión que sin embargo no carece de peligros y que se va estrechando inapelablemente. Piénsese por ejemplo en los juegos de paciencia y otros semejantes. Pero esto mismo vale también para el ámbito de lo realmente serio. El que por disfrutar la propia capacidad de decisión evita aquellas decisiones que puedan resultarle coactivas, o se entrega a posibilidades que no desea seriamente y que en consecuencia no contienen en realidad el riesgo de ser elegidas y de verse limitado por ellas, recibe el calificativo de frívolo. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. P. 148-149)

¹⁷⁵En principio también aquí parece claro hasta qué punto falsea las cosas el partir de la subjetividad. Lo que ya no está son para empezar los jugadores – tienen en cuenta que el poeta o el compositor deben incluirse entre ellos – Ninguno de ellos tiene un ser para sí propio que se mantuviere en el sentido de que su juego significase que ellos sólo juegan. Si se describe a partir del jugador lo que es su juego, entonces no nos encontramos ante una transformación sino ante un cambio de ropaje. El que se disfraza no quiere que se le reconozca sino que pretende parecer otro o pasar por otro. A los ojos de los demás quisiera no seguir siendo él mismo, sino que se le tome por algún otro. No quiere por lo tanto que se le adivine o se le reconozca. Juega a ser otro, pero sólo en el sentido en el que uno juega a algo en su vida práctica, esto es, en el sentido de aparentar algo, colocarse en una posición distinta y suscitar una determinada apariencia. Aparentemente el que juega de este modo está negando su continuidad consigo mismo. Pero en realidad esto significa que sostiene esta continuidad consigo y para sí, y que sólo se la está sustrayendo a aquéllos ante los que está representando. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. P. 155-156)

¹⁷⁶STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 290-291.

¹⁷⁷STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 58-59.

¹⁷⁸ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito**. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 244.

na vontade do ser, mas do que rege a conversação, do que provoca a fala e a réplica e conjuga ambas.¹⁷⁹

Por sermos diariamente confrontados pela questão de criar uma ordem social que busca a harmonização – em face das inclinações pessoais do ser de um lado e, de outro, pelas exigências feitas ao ser pelo meio social, há uma clara ligação entre os abismos que se abrem entre o ser e a sociedade. Os medo e agitação causados pelos conflitos que permeiam essas relações causam no seio social implica na *tomada de lado*. Essa realidade *aliena*, pois as escolhas necessitam seguir um padrão socialmente criado, mapeando um cenário social marcado pela *disputa* e pela *individualidade*.

Estabelecido que a sociedade por seus próprios traços não é harmônica, mas sim uma pluralidade que se manifesta constantemente - e isso fica claro em razão de ela não possuir estrutura social visível¹⁸⁰ - por se tratar de um fluxo contínuo, marcado por conflitos cotidianos entre a família, os companheiros de trabalho, ideologias ou membros do mesmo grupo social – intersubjetividade latente do existir, do estar-aí.¹⁸¹

¹⁷⁹... la forma efectiva del diálogo se puede describir partiendo del juego. Para ello es preciso liberarse de un hábito mental que ve la esencia del juego desde la conciencia del sujeto ludente. Esta definición del hombre que juega, popularizada sobre todo por Schiller, sólo capta la verdadera estructura del juego en su apariencia subjetiva. Pero el juego es en realidad un proceso dinámico que engloba al sujeto o sujetos que juegan. Así, no es pura metáfora hablar del *juego de las olas*, del *juego de los mosquitos* o del *libre juego de las articulaciones*. La fascinación del juego para la conciencia ludente reside justamente en ese salir fuera de sí para entrar en un contexto de movimiento que desarrolla su propia dinámica. Hay juego cuando el jugador toma el juego en serio, es decir, no se reserva como quien se limita a jugar. De las personas que son incapaces de hacer esto solemos decir que no saben jugar. Mi idea es que la naturaleza del juego, consistente en estar impregnado de su espíritu -espíritu de ligereza, de libertad, de la felicidad del logro- y en impregnar al jugador, es estructuralmente afín a la naturaleza del diálogo, que es el lenguaje realizado. El modo de entrar en conversación y de dejarse llevar por ella no depende sustancialmente de la voluntad reservada o abierta del individuo, sino de la ley de la cosa misma que rige esa conversación, provoca el habla y la réplica y en el fondo conjuga ambas. Por eso, cuando ha habido diálogo, nos sentimos «llenos». El juego de habla y réplica prosigue en el diálogo interior del alma consigo misma, como definió Platón bellamente al pensamiento. En relación con esto aparece el tercer elemento que yo llamaría la universalidad del lenguaje. Este no es ningún ámbito cerrado de lo decible al que se yuxtaponen otros ámbitos de lo indecible, sino que lo envuelve todo. Nada puede sustraerse radicalmente al acto de «decir», porque ya la simple alusión alude a algo. La capacidad de dicción avanza incansablemente con la universalidad de la razón. Por eso el diálogo posee siempre una infinitud interna y no acaba nunca. El diálogo se interrumpe. bien sea porque los interlocutores han dicho bastante o porque no hay nada más que decir. Pero esa interrupción guarda una referencia interna a la reanudación del diálogo. Hacemos esta experiencia, a veces en forma dolorosa, cuando nos exigen decir algo. La pregunta que debemos contestar -pensemos en el ejemplo extremo del interrogatorio o de la declaración ante tribunal- es como una barrera que se establece contra el espíritu del lenguaje que quiere expresarse y quiere diálogo («aquí hablo yo»), o «responda a mi pregunta»). Lo dicho nunca posee su verdad en sí mismo, sino que remite, hacia atrás y hacia adelante, a lo no dicho Toda declaración está motivada; es decir, cuando se dice algo, es razonable preguntar «¿por qué lo dices?» y sólo si se entiende eso no dicho juntamente con lo dicho es inteligible un enunciado. Esto lo sabemos sobre todo por el fenómeno de la pregunta. Una pregunta cuyo motivo ignoremos no puede encontrar respuesta. Porque sólo la historia de la motivación abre el ámbito desde el cual se puede obtener y dar una respuesta. De ese modo el preguntar y el responder implican en realidad un diálogo interminable en cuyo espacio están la palabra y la respuesta. Lo dicho se encuentra siempre en ese espacio (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método. Tomo II**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. P. 150-151)

¹⁸⁰ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. P. 18.

¹⁸¹VINYAMATA, Eduard. **Conflictología**. Curso de Resolución de Conflictos. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2014. P. 39-40.

Dessa forma, por sua contingência, os conflitos, <ao contrário do que historicamente é pregado>, podem representar crescimento quando bem gerenciados e resolvidos: “[...] *Los conflictos, como las enfermedades, nos indican que alguna cosa está sucediendo y que, a lo sumo, podemos retardar pero no impedir. En este sentido, los conflictos son elementos que nos permiten avanzar, mejorar, prever su función regeneradora y sacar provecho. [...]*”¹⁸², pois “*Los conflictos así entendidos forman parte de la vida. Son la vida misma. Constituyen un componente vital básico. Están presentes en prácticamente todos los espacios de las relaciones humanas [...] Los conflictos constituyen el acontecimiento reiterado que relata la historia de la humanidad [...] Los conflictos son crisis y las crisis son oportunidades de cambio o evolución.*”¹⁸³

Diante do que foi exposto, podemos dizer que o fenômeno conflitológico de interesses apresenta-se quando emerge a relação intersubjetiva, pelo choque da intencionalidade, de maneira que uma sociedade nunca poderá ser harmoniosa, pois ela é composta pelo humano, por intenções que divergem, pois a inautenticidade do existir impede uma harmonia e cria disrupções. A intersubjetividade faz parte do existir do ser, não há como me lançar no mundo sem me introjetar junto aos outros corpos que também compõem os diferentes mundos.¹⁸⁴

A alma tece-se pela visão ao mundo, ela demora-se nas coisas, *comunga come las*, abandona-se nesse fora. E, ainda que se encontre presa ao corpo, escapa-se (transcende-se ao mundo) para respirar fora dele, alimentando-se dos seres exteriores, mas percebendo que toda essa exterioridade se encontra suportada na própria simultaneidade, que faz com que tudo se encontre ao mesmo tempo numa presença imanente.¹⁸⁵

Longe do conceito negativo do conflito, este deve ser visto de forma natural, superando-se na atualidade o outro tratado como o inimigo. Por via desse pensamento, esquece-se que o adversário é como eu: possui seus medos suas esperanças e sua pretensão, tal qual a minha, busca no processo uma decisão justa. Uma visão negativa e individualista do adversário institui

¹⁸²VINYAMATA, Eduard. **Conflictología**. Curso de Resolución de Conflictos. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2014. P. 33-36.

¹⁸³FERNÁNDEZ, J. **Ser humano en los conflictos**: Reflexión ética tras una vivencia directa en el conflicto vasco. Madrid: Alianza, 2008. P. 30.

¹⁸⁴Quase sempre se concebe a afetividade como um mosaico de estados afetivos, prazeres e dores fechados em si mesmos, que não se compreendem e só podem explicar-se por nossa organização corporal. Se se admite que no homem ela se ‘penetra de inteligência’, quer-se dizer através disso que simples representações podem deslocar os estímulos naturais do prazer e da dor, segundo as leis da associação de ideias ou segundo as do reflexo condicionado, que essas substituições ligam o prazer e a dor a circunstâncias que naturalmente nos são indiferentes e que, de transferência em transferência, constituem-se valores segundos ou terceiros que não têm relação aparente com nossos prazeres e nossas dores naturais. (MERLEAU PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1994. p. 213-214)

¹⁸⁵PELLEJERO, Eduardo; GOLGONA, Anghel. **Fora da Filosofia**. Lisboa: FCT, 2010. P. 23.

a lógica vitória/derrota no Processo. De outro lado, a visão cooperativa é capaz de fazer emergir processualmente melhores resultados.

La creencia de que un proceso derrumba lo que el otro construye, de manera que lo que resta al final es el resultado de sustraer uno de otro, está basada en una concepción errónea. Por el contrario, ambos factores, los “positivos” y los “negativos” construyen las relaciones de grupo. Tanto el conflicto como la cooperación tienen funciones sociales. *Un cierto grado de conflicto está muy lejos de ser necesariamente antifuncional; es un elemento esencial de la formación del grupo y de la persistencia de la vida del grupo.*¹⁸⁶ (g.n)

Assim, “*aquello che in definitiva conta, non è che ci siano conflitti, ma come questi vengono gestiti*”¹⁸⁷, da mesma forma que “*el conflicto no es positivo ni negativo en sí mismo, sino que depende de los mecanismos de regulación de los que decidamos hacer uso*”¹⁸⁸, pois não reside na existência do conflito o problema social, mas, sim, na forma como ele será gerido pelo Estado, através do direito.

O positivismo tem na lei o símbolo de racionalização da existência humana, e se esquece que o humano é tão humano e tão mutacional e suas expressões tão diversas, que a Lei é incapaz de absorver o fenômeno humano, incidindo em uma má resolução dos conflitos postos ao Judiciário, causando descrença da sociedade no Estado, bem como criando um ambiente social de animosidade. O Estado tem um papel Ativo e Responsivo de dar respostas ao ser frente à construção da existência que no mais das vezes é externada por intermédio de uma racionalização vazia da Lei ou por um impulso narcisista fruto do bojo da filosofia da consciência, que se apodera das necessidades potencializando-as figurativamente como desejos e angústias humanas existenciais, sem devidamente considerar o fenômeno em sua completude, limitando-o.

De outro lado, busca-se afirmar que o Estado juiz possui relevo para com a produção do direito pelas influências políticas e democráticas trazidas ao processo pelo objeto do debate processual, responsável por desvelar o fenômeno conflitológico de interesses no tocante à compreensão hermenêutica do fenômeno, o que torna possível atender com maior completude o fenômeno.

¹⁸⁶COSER, Lewis A. **Las funciones del Conflicto Social**. México: Editora Fondo de Cultura Económica, 1961. P. 34.

¹⁸⁷O que realmente importa não é que existem conflitos, mas a forma como estes são geridos. (COSI, Giovanni. **Interessi, Diritti, Potere: Gestione dei conflitti e mediazione**. Disponível em: <<http://www.adrmaremma.it/cosi01.pdf>>. Acesso em 14/10/2016. P. 5)

¹⁸⁸ALBERT, Sonia Paris. **La Transformación de los Conflictos desde la Filosofía para la Paz**. Disponível em: <<http://www.ceipaz.org/images/contenido/5.%20Transformaci%C3%B3n%20conflictos-Sonia%20Paris.pdf>>. Acesso em 16/10/2016. P. 1.

Junto ao Estado Ativo-Responsivo a os Poderes do Estado são voltados à adaptação existencial, projetando assim programas de transformação social não só por via das políticas públicas apregoadas aos Poderes Legislativo e Executivo, projetando essa transformação social passa ao Processo Judicial, juridicizando os fenômenos conflituais. Desse modo, o fenômeno conflitológico de interesses passa a ter papel crucial na atualidade, como pujante construtor de

revoluções disruptivas com efeitos generalizantes ao sociopolíticos, pois o Processo não só volta-se à resolução de conflitos, bem como à implementação de políticas.^{189,190, 191, 192, 193}

¹⁸⁹DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. P. 28.

¹⁹⁰Por una parte, el Derecho confiere a cada uno su propia personalidad jurídica, y por otra, inserta a los sujetos dentro de categorías y colectivos que transforman los litigios individuales en causas potencialmente generales. La personalidad jurídica confiere a cada uno una identidad abstracta, asegurando a la persona que jamás será reducida ni a su condición natural ni a los status fijos que prevalecen en el seno de cada ciudad; es un tipo de máscara (persona, máscara de teatro en latín) que a la vez disimula, protege, y apoya a la persona, y es tan significativa para ella que, cualquiera que sea el rango de la persona en el seno de la ciudad en la que se mueva, nunca estará totalmente confinada a la misma, ni tendrá asignado un status totalmente inalterable. Por lo demás, al unir a esas personas mediante el juego de calificaciones jurídicas bajo categorías generales y colectivos acreditados (la asociación, el sindicato, la acción de interés colectivo...), el Derecho formula un marco que, al tiempo que convierte el conflicto en anónimo, le confiere una apariencia general, haciendo del mismo una «causa». *En este nivel, la pretensión del Derecho, ciñéndose a un «medio jurídico», y tomando prestada tal o cual «voz jurídica» (acción legal), se presenta como «jugada» válida dentro del juego jurídico que, al tiempo, es susceptible de modificar la naturaleza de los compromisos y arbitrajes que en él prevalecen.* El mal que afectó a X o a Y en las confinadas profundidades de la ciudad se convierte en una reclamación generalizable, y será tratada por la autoridad jurídica en relación con la situación de no importa qué otra persona jurídica y teniendo en cuenta cualesquiera que sean los intereses y valores que prevalecen dentro de todas las ciudades, A o B, pero también C o D. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017.P.24)

¹⁹¹Several important themes have emerged as dispute resolution in law has expanded to include the fuller study of human conflict situations. First, although necessary and important in some cases, conventional legal processes, like adjudication and adversarial negotiation, are often inadequate for a fuller satisfaction of human needs and interests, and so we must look to other processes than traditional institutions or practices, depending on the kind of conflict or dispute at issue. With a growing availability of different kinds of processes for different kinds of matters, we are also developing a broader array of "process institutions." This is "process pluralism" and should expand the focus of what is studied in law and jurisprudence. Second, while much of my work could be characterized as "procedural" or "process" driven, I am also concerned with exploring where our substantive solutions to human problems come from and how we can improve upon the human repertoire for problem solving. This is the "creativity" in human conflict resolution that I believe is necessary for our future survival. Third, developments in the parallel fields of legal dispute resolution and the more multidisciplinary conflict resolution provide us with a special opportunity to explore the correspondences, contrasts, and learning from domestic disputes and international conflicts, as we test whether particular concepts, approaches, and processes can be generalized or have only contextual validity. Finally, my work in the field of dispute and conflict resolution has always been a movement back and forth from theory development to practice, seeking what Donald Schon has called "theory-in-use" and what I have called "ethical practice"-practice that is informed by theory and by morally legitimate uses. Disputes and conflicts are human constructs. We need theory to understand their causes, dynamics, and trajectories of actions and reactions, but ultimately we need practice to use conflict creatively and constructively, to make "Justice" in legal terms and to make "peace" in human terms. If recent world events have taught us anything, it is that conflict and conflicting notions of the good are inevitable for human beings. So, while many of us seek ways to establish more universal notions of the good toward which to direct our human efforts, it has, sadly, become, in the early years of the twenty-first century, more common for us to assume there will be basic value differences among us. We should, then, spend our time thinking about how we can at least develop fair and considerate processes for communicating enough with each other so that we may act with the most benefit and the least harm. Some offer hopes that "the rule of law" can be universalized as a principled way to resolve conflicts, domestically and internationally. Others of us see law as often conflictual, indeterminate, and politically contested or manipulable, or so focused on the need for regulation of the aggregate that it cannot always do "Justice" in particular cases. Legal justice is not always actual justice. The social philosopher Stuart Hampshire has recently concluded, in his book *Justice Is Conflict*, that while we may never agree about what the content of universal justice is "because there never will be such a harmony, either in the soul or in the city," we might instead come closer to recognizing that "fairness in procedures for resolving conflicts is the fundamental kind of fairness, and that it is acknowledged as a value in most cultures, places, and times: fairness in procedure is an invariable value, a constant in human nature. (MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving**: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/>>. Acessado em:31/01/2018. P. 7-8)

¹⁹²SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil**. Vol. III. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1973.

Esse Estado Ativo-Responsivo busca uma maior participação democrática aliada à democracia representativa. No processo, seus efeitos superam a ideia de que a instrumentalidade processual tomada por um exagerado formalismo acarreta no *desconhecimento do outro como igual*, com consequência de se conhecer no outro o *inimigo* quando da relação posta ao contencioso fruto da relação intersubjetiva de interesses: aquele que necessariamente deve ser combatido custe o que custar. Dito isso, os conceitos podem e devem ser vistos por uma nova ótica. Por ser natural às relações do homem - posto que não somos massas que pensamos iguais, - os conflitos são inerentes em vista das intenções e das subjetividades que compõe uma sociedade que canaliza as relações e conflitos que dela fazem parte. Superando-se a visão negativa que existe do fenômeno conflitológico de interesses, ou seja, que os trata somente por uma contenção racionalizante (Lei) caminha-se para um horizonte mais claro de um processo que supera a visão de uma disputa (processo reativo), extirpado o ganhar/perder para uma lógica cooperativa. Naturalizando o conceito do Fenômeno Conflitológico de Interesses e neutralizando a sua potência negativa através da indissociação do ser-para si e com o outros, consegue-se trilhar maneiras de compor uma relação dialética dialogal mais saudável e produtiva: *“El dato de que un conjuntos de prácticas sociales predominates em um área de la vida humana, tales como la litigiosidade, tenga una importante influencia em las prácticas, creencias y normas de otros âmbitos de la sociedade há sido reconocido.”*¹⁹⁴

Já que os textos legais representam atos desfigurantes de uma democracia representativa em colapso e corrosão, perpassa assim ao jurídico um caráter que se afigura artificialmente ao direito e esvazia-se sem apresentar o nuclear ritmo e revolucionário conflito de interesses balizado pelo Poder Judiciário. *O conflito passa a ser visto como fenômeno conflitológico de interesses quando junto ao Processo adquire um caráter de jogo reflexivo e construtivo frente uma dialética dialogal e com isso reforça a possibilidade de participação.* Somente com a análise de tal fenômeno junto à hermenêutica pode-se avaliar o Processo como fonte

¹⁹³En nuestro concepto, en cambio, el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste. El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales. Lo que ocurre es que el proceso sirve al derecho como un instrumento de creación 'vivificante', como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado. El derecho se realiza cada día en la jurisprudencia. Satisfecho el interés individual, queda todavía un abundante residuo de intereses no individuales que han quedado satisfechos. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. P. 145-146)

¹⁹⁴CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 171.

legitimadora de revoluções sociais e da reafirmação do ser; aderindo o direito ao sentido de ritmo de vida.¹⁹⁵

Frente ao Paradigma Científico da Complexidade, necessário um novo cenário processual, uma nova forma de enxergar os sujeitos da relação processual, o que é factível por meio de um novo papel à Jurisdição e ao Processo, marcado pela importância de um Processo que dê primazia aos sujeitos e ao *diálogo* como forma de estabelecer uma relação processual para que o Processo desvele dos dramas dos fenômenos saturados¹⁹⁶ e consiga afirmar uma nova realidade social-política – uma vez que ao transcender a jurisdição o Processo é capaz de respaldar na Política -, por terem os cidadãos autonomia advinda da Democracia Participativa.

O Estado-Juiz atua, por estes novos sentidos, como possibilitador de equilíbrio existencial entre seres na pluralidade interpolados pela intersubjetividade conflitológica humana, pois o direito é, sem dúvidas, meio adaptativo que segue para ajustar e controlar as visceralidades existências. O processo deve permitir que os conflitos (ínatos a existência do ser), consistentes em manifestações antagônicas entre intersubjetividades necessárias e onipresentes, ganhem uma relevância crucial no sistema jurídico, de modo que o fenômeno seja

¹⁹⁵Todas as leis são formações especiais e sintéticas em que os fatos se concretizam, pondo ao vivo tendências a que obedecem, caráter e feição sob que se enformaram: leis astronômicas como leis históricas, leis biológicas como leis psicológicas, são índices de efetuação ordenada de fenômenos, sínteses de movimentos normais em várias classes de fatos. daí emanam, palpantes, as analogias, que existem, entre as leis biológicas, meras indicações do progredimento e regresso dos seres vivos, de acordo com o tipo geral dos acontecimentos, e as leis sociais, que de igual a igual refletem os fatos em sua feição comum, mais visível pelo progresso imitativo que se torna de alta monta na sociedade e no espírito; entre as leis astronômicas, produtos sumários dos fatos cósmicos, e as regras jurídicas, tendências manifestas que as ações humanas do momento previamente pautam às ações seguintes, estabelecendo na sociedade o que efetivamente é a lei, a fórmula média das variações e tendências. Em se atentando, como me parecera mister, poder-se-á facilmente dizer que a repetição é a causa unitária de todas as ciências, a razão universal. Há, ao muito, diferenças caracterizantes, que são fato-novo de cada uma das disciplinas: as leis sociais expandem-se mercê das causas e da intensidade dos fenômenos a que se acolchetam, ao passo que as regras jurídicas se desenrolam pela ductilidade, se multiplicam e se ampliam ao talante das condições sociais do meio e do momento [...] As influências sociais, que se mutuam os fatos, são igualmente produtos de vibrações; a relação jurídica, como ter-se-á ocasião de verificar, não é senão uma fusão de forças que se desenvolvem, se aumentam e se enfraquecem ao talante das condições exteriores de crescimento e degradação. Todas as energias universais, físicas propriamente ditas, sociais, psíquicas e jurídicas, são subordinadas a leis semelhantes; e, embora não atinasse os sociólogos com os fatos que me induziram a tais afirmativas, confessam que a maioria das leis propostas em sociologia lembram perfeitamente leis físicas, como aquela regra, tão malsinada pelos críticos, que DE FREEF formulara: os fenômenos e as funções imediatamente antecedentes atuam mais imediata e diretamente sobre os fenômenos imediatamente seguintes. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **À Margem do Direito**. Ensaio de Psicologia Jurídica. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2002. P. 102-103 e 111-112)

¹⁹⁶Saturados como artificialmente criados, vide . MARION, Jean-Luc. **Acerca de la donación**. Una perspectiva fenomenológica. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2005; MARION, Jean-Luc. **De surcroît**. Études sur les phénomènes saturés. 1ª ed. Paris: PUF, 2010.

trazido à jurisdição em suas excentricidades: o fenômeno conflitual adere a democratização da democracia e impõe-se como direito politizado^{197,198}

Diferente do sentido de litígio que o processo pregava, denominados “litígios duais ou bipolares”, ultrapassados em sua função e estrutura, vem a se aderir ao fenômeno conflitológico de interesse sentido muito mais amplo, (segue exemplo dos conflitos estruturais¹⁹⁹)²⁰⁰ o que se aproxima dos chamados “litígios policêntricos”, que, diferente do que ocorre com os litígios duais, está longe afigurar-se como uma competição de soma zero entre dois polos opostos. A ideologia do *vencer o Processo* (litígio bipolar) não é algo que nasceu recentemente na sociedade, os confrontos levados a resolução sempre projetaram um sentido bipolar e com isso

¹⁹⁷Hampshire identifies several principles which are crucial to understanding the importance of procedural justice. Conflict is human and ubiquitous. Conflict is actually necessary for defining what is important about oneself and the polity to which individuals belong, and for instigating important social change (e.g., the elimination of slavery, the movements toward racial and gender equality, as well as increased democratic participation in many nations). Agreement on all human values is unlikely given human diversity, deep-seated cultural norms, and the variation of human needs and desires. Even if we cannot all agree on substantive norms and goals, we can probably agree on some processes for making decisions that will enable us to go forward and act. We might have some virtually universal ideas about procedural fairness, like the ability to "make a case" and "be heard" and to have impartiality and fairness govern any decision-making process. Some might go further and suggest that some participation in the process by which decisions are made is essential to the legitimacy of a process (with or without commitments to democratic political regimes). There is historical (and I would add functional) variation to what those fair procedures might be in any particular context, as long as all (not just "both") parties are given an opportunity to be heard on (or, I would add, participate in) decisions affecting them. This is the principle of process pluralism (which is of defining importance to the modern dispute resolution movement and is what distinguishes us, conflict theorists and practitioners, from more conventional jurists who often still see conventional legal processes as the only way forward to substantive justice). Conflict resolution is a human skill (to be theorized about, taught, learned, and practiced) and a difficult but highly valued one at that. I would add it is more than a single skill, constituting a multidimensional set of skills, implicating abilities to listen, articulate, advocate, empathize, analyze, facilitate, create, manage, and care about people and their problems, issues, values, and material well-being. (MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context**. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/>>. Acessado em: 31/01/2018. P. 9)

¹⁹⁸Le litige ne s'assimile pas au conflit. Il existe des conflits qui ne sont pas d'ordre juridique. Conflits familiaux, conflits religieux, conflits étatiques, « les conflits sont les manifestations d'antagonisme ouvert entre deux acteurs (individuels ou collectifs) aux intérêts momentanément incompatibles quant à la possession de biens rares, matériels ou symboliques ». Un conflit peut exister indépendamment d'un litige. pièce de conflit, un conflit juridique. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.36-38)

¹⁹⁹Ver: JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes da Suprema Corte Estadounidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁰⁰La mirada prospectiva, dirigida hacia el futuro y con pretensiones de modificar un *status quo* violatorio de derechos, incentivaré el desplazamiento de la controversia desde el campo del *por qué* de la decisión, hacia el campo del *cómo* de la misma. 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 decisivos poco controvertidos en sus fundamentos pero pasibles de controversias en sus aspiraciones prácticas (el *cómo*). En fin, se trata de una nueva metáfora del proceso. Una metáfora que es posible parafrasear como lo hice en este apartado, y cuya *distinción* o carácter alternativo a la metáfora bipolar es difícil de negar. Podemos ubicarla como una nueva categoría de litigio, a la que atacar desde la “santidad” otorgada al léxico del litigio bipolar, o bien, podemos empezar a pensar en la creación gradual de un léxico alternativo. Se trata, en definitiva, de pensar en la aparición de nuevas herramientas que, tal vez, estén destinadas a ocupar el lugar de las viejas. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013. 329 p. Tesis Doctoral. P. 56-57)

constituía o seu final com a apresentação da figura de um vencedor, e para se chegar ao êxito, ganhando assim o conflito, acabam protagonizando um sistema rígido articulado entre acusação e a defesa, onde cada qual utiliza-se de estratégias explicitando suas habilidades retóricas para ganhar a contenda. Essa manifestação de resolução de conflito como duelo que produz um vitorioso diante do Processo, deve ser superada a ideologia matizada com o duelo sobreposto ao vencer.²⁰¹

²⁰¹Le mot Agôn peut être considéré comme un mot-clé pour tout ce qui concerne la justice et le théâtre, mais aussi le sport, la politique. Le mot agôn a d'abord désigné une assemblée de dieux, puis l'endroit où sont réunies les statues des dieux, puis l'endroit où l'on s'assemble pour célébrer les dieux. Il sera utilisé ensuite pour désigner une assemblée pour des jeux publics, puis un emplacement pour des jeux, puis les jeux eux-mêmes, les concours, notamment les joutes oratoires. Eschyle emploie ce terme dans Les Euménides pour désigner le débat judiciaire ; Plutarque va l'utiliser pour évoquer une pièce de théâtre. Il n'y a pas à s'étonner de cette extension. Elle permet de faire le lien entre les diverses activités collectives : le rituel religieux, le théâtre (la tragédie grecque est liée aux fêtes en l'honneur de Dionysos), l'action judiciaire. Aristote parle de la politique comme du théâtre en terme Caillois choisit ce mot pour englober tous les jeux qui, d'une manière ou d'une autre, fonctionnent comme une compétition. Pour sa part, Mauss avait fait de la notion d'agonistique le critère essentiel de la classification des jeux: "Les jeux sont agonistiques ou non, ils opposent ou non deux camps ou deux individus". Dans ce jeu, les protagonistes s'affrontent à armes égales, mesurant leur force, leur habileté, toute forme de talent, ce qui suppose généralement un entraînement approprié. La joute oratoire est un trait commun du théâtre et de la justice. Dans son ouvrage consacré à La Tragédie grecque, J. de Romilly fait expressément le lien entre le théâtre et la justice : "Né de l'habitude du débat judiciaire, perfectionné par la rhétorique du temps, l'art de la joute oratoire était alors en plein essor. C'était ce que l'on appelait un agôn. Or, il n'est presque aucune tragédie d'Euripide qui ne contienne au moins une scène d'agôn". Comment faut-il l'entendre? Comme "une sorte d'affrontement organisé, dans lequel s'opposent deux longues tirades, en général suivies d'échanges vers à vers, permettant aux contrastes de se faire plus serrés, plus tendus, plus crépitants. Dans Vagôn, chacun défendait son point de vue avec toute la force rhétorique possible, en un grand déploiement d'arguments qui, naturellement, contribuaient à éclairer sa pensée ou sa passion". Exemple remarquable entre tous, Y Antigone de Sophocle, qui comprend une série de face à face extrêmement tendus, vers à vers, entre Ismène et Antigone, Antigone et Créon, Créon et Hémon, Tirésias et Créon. Les personnages de Sophocle, dit J. de Romilly, ont "une rage de s'expliquer". **Ce qui est dit du théâtre peut s'appliquer mot à mot au procès judiciaire.** Il n'est pas besoin d'insister longuement sur ce point. **Les procès de quelque importance à notre époque continuent d'apparaître comme des affrontements, soit entre des avocats, soit entre l'accusation et la défense, où chacun se mesure à l'autre et tente de l'emporter par l'habileté de son argumentation, le charme de sa rhétorique. L'échange de plaidoiries est bien ce qu'attend le public.** Et l'on n'aurait garde d'oublier que le mot, dérivé de plaid, qui désignait autrefois une assemblée judiciaire, une audience, procède du latin placere, plaire. Chacun des protagonistes de Y agôn judiciaire s'efforce d'appliquer, peut-être sans les connaître, les trois principes formulés par Cicéron, le maître de la rhétorique latine : docere (prouver), delectare (charmer, séduire), movere (émouvoir). Les acteurs du théâtre judiciaire prennent en général visiblement plaisir à ce jeu, à l'instar des comédiens sur une scène. On peut incidemment se demander s'il n'y aurait pas, dans certains cas, des vocations méconnues ou perverties. Certains comédiens sont peut-être des avocats qui s'ignorent ; nombre d'avocats sont sans doute des comédiens qui ne s'ignorent pas. Mais il ne faut pas s'en tenir à la forme des choses. Elles ont une portée anthropologique qui ne doit pas être ignorée. Dans les formes primitives de la justice, les ethnologues ont observé des formes très diversifiées de règlement des conflits qui toutes étaient de nature agonistique, des duels, qui pouvaient être mais n'étaient pas nécessairement des affrontements physiques. On songe à l'exemple des duels judiciaires de chant dans les communautés Inuit. N. Rouland souligne qu'il s'agit d'une compétition soigneusement réglée par la coutume, autrement dit de "formes de règlement des conflits codifiées" où le rite joue un rôle précis ; il a en particulier pour objet de sacrifier les participants. Le duel se déroule devant la communauté ; les chants peuvent être préparés à l'avance : souvent les femmes forment un chœur qui accompagne chacune des parties. Chacun intervient à son tour, écoute l'autre en silence ; le chant, accompagné du tambour, s'efforce d'être ironique, sans que soit nécessairement évoqué l'objet du litige ; le premier qui est à court de chant a perdu. Il est possible que le duel se poursuive de manière moins aimable, et se termine au couteau. Huizinga évoque d'autres exemples de ce qu'il appelle des "assises judiciaires satirico-humoristiques"; il cite des exemples dans les civilisations nordiques de compétitions d'outrages, des "joutes de jactance", tenant lieu de règlement judiciaire, où la victoire est donnée à celui qui aura, suivant l'avis de la communauté, imaginé l'insulte la plus grossière. Il cite encore la pratique de la munâfara chez certains peuples arabes, pratique antérieure

Os litígios policêntricos, essência do fenômeno conflitológico, passam a imprimir peculiar dinâmica ao Processo, com diferenças substanciais em face daquela caracterizada pelos litígios bipolares, pois a dinâmica de um litígio policêntrico demonstra que o juiz adquire uma centralidade importante, e suas decisões são justificadas desde uma perspectiva *regulativa* e estruturadas *responsivamente*. Os juízes assumem por sua função processual (*potestas*) uma participação ativa no processo, organizando, orientando e até mesmo facilitando o debate.²⁰² Pelo fenômeno conflitológico de interesses, porém, ainda subsistem fragmentes do sistema adversarial, de forma que se amplia os horizontes do sistema adversarial ao sistema de colaboração reativa²⁰³ ao processo.

A centralidade política é voltada ao Processo²⁰⁴, não mais jurisdição que solapava a dinâmica posta pela dialeticidade processual, a qual alcança a dinamicidade das interações e intersubjetividade socioexistenciais.^{205,206,207} Quando o debate não é orientado pela

à l'islam, consistant en un débat oral, sur un thème éventuellement fixé, les échanges se faisant en vers, tournant éventuellement aux invectives, se terminant parfois à l'épée. Des duels de vantardise chez les Chinois pouvaient avoir le même office. Le goût d'échanger des insultes, des grossièretés, de comparer son répertoire, est trop répandu chez les enfants pour que les adultes n'en gardent pas le souvenir et se privent d'un égal plaisir. Il s'agit bien là d'une forme de jeu agonistique qui se retrouve simplement épurée, euphémisée dans les prétoires de notre temps. Mais on le voit, le jeu judiciaire a des racines profondes. De proche en proche, on peut retrouver des éléments de jeu dans toutes les formes de règlement judiciaire, y compris dans les formes de composition pécuniaire, d'ordalies, de jugement de Dieu. D'une manière ou d'une autre, Dieu, ou les dieux, décident, à l'issue de l'épreuve, qui vaincra ou perdra. Lorsqu'un dividu est seul à affronter une épreuve, il y a néanmoins une manière de compétition dans là mesure où l'on peut évaluer sa force, ou sa chance, soit contre un adversaire imaginaire, soit contre le sort. Huizinga n'hésite pas à écrire: "L'exercice de la juridiction et le jugement de Dieu ont leur origine commune dans la pratique d'une décision agonistique : le sort, ou une épreuve de force prononce le jugement définitif. La lutte pour savoir qui vaincra ou qui perdra est sacrée en elle-même". On aperçoit au passage que le hasard (jeu d'a/eo dans la classification de Caillois) peut également intervenir dans certaines formes de règlement judiciaire. Si ce type de jeu n'est pas fondé sur la force ou l'habileté, il n'en met pas moins les protagonistes à égalité et il peut entrer dans une forme de compétition. Qu'il y ait des éléments de jeu dans le théâtre et dans la justice ne signifie bien évidemment pas que l'institution est un jeu. Aussi, mettre en évidence la part de jeu ne doit pas aboutir à dissimuler, sous le jeu, ce qui est en jeu par ailleurs. L'ambiguïté du langage, sur lequel on joue, est sans doute fondamentalement liée à l'ambiguïté des choses et la reflète. Après tout, le langage lui-même est un système de représentation, un jeu de signes qui réfère au monde, mais le monde des mots n'est pas le monde. On peut alors sérieusement se demander à quoi l'on joue, et qu'est-ce qui se joue, finalement, à travers Vagôn et la mimesis, dans le théâtre, dans la justice, dans le théâtre judiciaire. (SOULIER, Gérard. Le théâtre et le procès. **Droit et Société**, vol.17, n.º1, 1991.Pp. 9-24. P. 14-17)

²⁰²PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral.P.49-51.

²⁰³OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.42-43.

²⁰⁴OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P.715-717.

²⁰⁵Trada da democracia participativa no tocante ao Processo Civil. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁰⁶DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. P. 28.

²⁰⁷ For me, a focus on how we deal with human conflicts in a wide range of contexts (from the individual to the dyadic; group, organizational, social, and relational; commercial as well as political; local, domestic, and international) raises issues of inevitable tensions among and between the very values about which we have conflicts. Can peace be achieved without justice? Can justice be achieved without peace? Is law a proper measure of justice? If not law, what is? How much should individual or group parties be able to craft their own arrangements

animosidade adversarial e o juiz torna-se seu principal articulador, ocorrendo a possibilidade de uma compreensão hermenêutica do fenômeno, de modo que o fim do processo não é mais para apenas aplicar a Lei, qualificar ou julgar os acontecimentos posto a texto preexistente; mas para explicá-los, conhecê-los e, sobretudo, para seja capaz de discutir algumas de suas soluções. O processo judicial adquire, portanto, um *tom* mais hermenêutico do que o habitual. A prioridade compreensão hermenêutica de um certo fenômeno contextual é imposta como um desafio que visa sair da opacidade anacrônica ditada pela desértica Lei e é desvelada a lide pelo objeto do debate processual que se apresenta no deserto como sendo um oásis com múltiplas cores, sendo o fenômeno contextual possibilitador de um sem número de horizontes.

O papel do juiz frente ao Estado Ativo-Responsivo, portanto, aborda o perfil de um administrador que tenta definir claramente um problema para enfrentá-lo ou gerenciar sua correção, que é incidida para fora do processo e tem reflexos diretos em sua responsabilidade social no tocante a sua função.²⁰⁸ A função jurisdicional que até então ocorria com a mera subsunção pelo dizer a Lei (*ius dicere*), lei construída e arquitetada pelos direitos subjetivos baseados em direitos públicos reflexos do direito privado, não vem mais alcançando as complexidades contextuais dos fenômenos; fenômenos estes que se tornam fenômenos conflitológicos de interesses por não terem aquisições legais de sentido pela produção Legislativa da lei. Portanto, a função jurisdicional usa-se da função processual, administração da justiça, e garante que o fenômeno contextual, no processo matizado com o objeto do

or agreements to proceed with social, economic, and political life without consideration of the effects of their arrangements on others? Must all dispute or conflict resolution be accountable to those outside of the dispute itself? When is a "dispute" between two parties really a "polycentric" conflict, affecting others, or implicating more enmeshed social values? If there is process pluralism, how are we to judge if the "proper" process has been chosen for the particular matter at hand? These are some of the questions to be explored. Like Stuart Hampshire, I believe in procedural justice as justice because we need ways to talk to and struggle with each other about how to move forward when we disagree. Unlike Stuart Hampshire, I do not adopt the streamlined and universalized definition he gives of procedural justice as reducing to "the adversary principle" of (merely) "hearing the other side." Much of my work has been devoted to demonstrating that most disputes and conflicts do not have only two sides, either of parties or "players" (plaintiffs and defendants) or "issues" or arguments (win/lose, yes/no). In our postmodern and fractured world, many disputes and conflicts are, in fact, characterized by complicated issues (e.g., resource allocation), multiple-party responsibility (are we past single fault attributions and simplistic causal assumptions in law yet, or do we lag so far behind science?), and generational and other "third-party" impacts (for example, in environmental and family dissolution matters). In my view, we need both new multiparty processes (beyond the outmoded two-sided adversary system!!) and new substantively creative solutions! (beyond the "limited remedial imagination of courts [and other legal institutions] ") to find justice in our increasingly diverse postmodern world. In this essay I outline the challenges, cleavages, and consensuses that have emerged as the field of dispute processing or conflict resolution has attempted to create, define, and implement institutions and processes of procedural justice. Throughout, a few important themes recur, with implications for how dispute resolution should be taught. (MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving**: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context. Disponível em: < <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/>>. Acessado em:31/01/2018. P. 11 e segs.)

²⁰⁸PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral.P.50-51.

proceso, venha a ganhar uma multiplicidade de possibilidades junto à função jurisdicional. A função passa a ser resignificada pelo Estado Responsivo e Ativo, gerando responsabilidade social por meio da decisão judicial, que é apresentada como uma tentativa de "reivindicar" os objetivos da política constitucional ou legislativa; não é uma instância meramente declarativa, mas, de fato, envolve o estabelecimento de políticas e articulações regulatórias voltadas para a reformulação da estruturação do direito por sua função, as quais apresentam consequências políticas (regulamentares) da decisão judicial.²⁰⁹

O explanado trata de uma nova maneira de se considerar o Processo, e cuja distinção ou o caráter alternativo a metáfora bipolar é difícil de negá-la. Trata-se de pensar na aparência de novas ferramentas que sejam destinadas a substituir e ressemantizar antigos institutos processuais.²¹⁰

O direito objetivo se atém ao fenômeno conflitológico de interesses e tem o condão de contemplar os contornos contextuais apresentados pela gramática da vida em sua complexidade – representação da gramática da vida pela decisão judicial criadora do direito objetivo processual. O direito se dá pela hermenêutica filosófica com o fenômeno e sua ontologia vincase a ontologia fundamental apregoada a existência e sua compreensão e adquirida ao interpretar-se em plena linguagem como representação do existir em intersubjetividade, concentrando o fenômeno no estar-aí ou pelo ser-aí; já a pré-compreensão adere em si o social, a cultura, a política e vestes por vezes profanas da mundaneidade “...*El texto producido por el autor cobra vida propia. Por cierto que el sentido del texto deriva su significado del contexto en que ha sido concebido.*”²¹¹

A nova consciência filosófica que passa naturalmente a influir na Filosofia do Direito expande-se diretamente na hermenêutica filosófica juntamente com o giro ontológico-linguístico, por onde se faz um convite para que os intérpretes (operadores jurídicos) assumam uma *postura ativa, criativa e responsável*, na esfera de um mundo jurídico e social onde a todo o momento são chamados a dizer como ele mesmo deve ser.²¹²

²⁰⁹PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral.P.151.

²¹⁰PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P.56-57.

²¹¹BAUMAN, Zygmunt. **La Hermenéutica y las Ciencias Sociales**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007, P. 221.

²¹²Pero al mismo tiempo se elabora sobre otras bases, um nuevo sistema em todas las sociedades americanas y europeas que han llegado a um mismo grado de cultura y civilización; um sistema cuya formación está más o menos adelantada según los países; um sistema jurídico que, lentamente, bajo la presión de los hechos, viene a reemplazar al antiguo sistema; y esto fuera de la intervención del legislador, a pesar de su silencio, y podría decirse, a pesar de su silencio, y podría decirse, a pesar algunas veces de su intervención em sentido contrario. Descansa em uma concepción exclusivamente realista, que elimina pocp a poco la concepción metafísica del derecho subjetivo: es la noción de funcion social. El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo

Os aspectos atuais do normativismo, cingindo em princípios e regras, passou a dotar a Constituição de abstração e com isso a existência pela linguagem é manifestada de forma textual, haja vista o contexto exigir aplicação em consequência das polissemias de mundo. Essas ampliações fazem com que os fenômenos conflituais passem a dotar de uma ampliação do direito subjetivo por um direito subjetivo constitucional, voltado a narrações que se transformam em metáforas vivas, dramas que viram poesias e representam o ser em sua expressão de ser como linguagem no mundo.

A *Interpretação Criadora-Construtiva do Direito* interpõe-se na fusão de dois horizontes: entre a Hermenêutica Jurídica e Criação do direito pela via Judicial²¹³, pois criar é compreender²¹⁴, e o compreender é sempre criar²¹⁵(Gadamer²¹⁶), criar o direito pode ser tanto interpretar a norma (Kelsen²¹⁷), como criar o texto de direito.²¹⁸ A Criação do direito é mais do

individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados. Es esta también propiamente una concepción de orden realista y socialista, que transforma profundamente todas las concepciones jurídicas anteriores; tal es lo que me propongo demostrar en las conferencias siguientes. Pero desde luego voy a tomar dos ejemplos para señalar de una manera concreta cómo la transformación se realiza y en qué consiste. Son éstos la libertad y la propiedad. (DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón**. 2ª ed. Madrid: Príncipe, 1920. P. 36-37)

²¹³In doctrinal debate we often come across the conviction that a clear distinction exists between legal interpretation and judicial activism. According to this distinction, the former is considered a legitimate expression of judicial function and the latter its degeneration, involving a judge's arbitrary intrusion into the political arena by giving priority to values other than legal ones, such as, in the case of the ECJ, supporting the process of European integration. It must be emphasised that the aforementioned conviction is misplaced, being based on an old and reductive concept of judicial function, whereby the judge was seen as an inanimate, robot-like spokesman of the law. This concept confirms the idea that by purely deductive logic the judge could ascertain the law without personal responsibility or creative means. By contrast, it must be underlined that judicial function involves per se not only the interpretation of law but also its creation. If one accepts this fundamental observation, there is no clear distinction between legal analysis or interpretation on the one hand and judicial law-making on the other. In fact both of them, far from belonging to different spheres, the former legal and the latter political, fall within the boundaries of legitimate judicial function. The conclusion that law-making is per se part of judicial functions allows us to reconsider the current debate and try, instead of explaining law-making decisions as a shift from law and towards politics, to find an explanation inside the legal system itself. It might be interesting, firstly, to briefly examine the reasons for the birth and expansion of the creative role of judicial interpretation in general, and, secondly, the specificity of European judicial activism. (POLLICINO, Oreste. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint. *European & International Law. German Law Journal*, vol. 05, n.º 3, 2004. P. 285-286)

²¹⁴Los protagonistas comprueban el sentido de una orden (tanto el que manda como el a quien la orden se dirige) o de un acuerdo (los interesados) mediante la comprensión. Tanto la interpretación como la comprensión son maneras de comprobación de sentido, actitud que corresponde con respecto a toda conducta humana y con respecto a todos los productos de conducta humana. (GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción al Derecho** (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar. P. 206)

²¹⁵GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 457.

²¹⁶GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 358.

²¹⁷KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 193.

²¹⁸In quest'ottica, lo scopo del processo di cognizione consiste nel determinare la regola del caso concreto; regola che il giudice pronuncerà partendo dalla affermazione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva posta in essere dall'attore nella domanda giudiziale (tenendo altresì conto delle successive difese del convenuto e, ovviamente, delle risultanze processuali). (D'ALESSANDRO, Elena. **L'oggetto del Giudizio di Cognizione**. Tra

que obra da ciência, pois se pode considerar *ius*²¹⁹, pois responde à mesma finalidade que o direito^{220, 221, 222}.

a crescente velocidade da vida social não pode deixar de repercutir sobre a vida das leis. Da mesma forma que as máquinas e os próprios homens, as leis já não conseguem chegar à velhice. Como a beleza de uma música, a bondade de uma lei não depende somente de quem a formula, mas de que a exerce. A interpretação é uma fórmula de colaboração, se bem que frequentemente inconsciente, na formulação das leis, capaz de acrescentar seus valores como corrigir seus defeitos.²²³

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

Crisi delle Categorie del Diritto Civile e Evoluzione del Diritto Processuale. Torino: Giapichelli Editore, 2016. P. 19)

²¹⁹Il diritto in quanto senso specifico dell'operare umano a precedere e conferire significato ai testi, che proprio per questo sono considerati «giuridici». Nessuno di essi è però in grado di afferrare e racchiudere in sé tutto il senso del diritto, essendone ognuno solo una più o meno adeguata manifestazione (instantiation). Se non fosse così, comprensione e interpretazione sarebbero la stessa cosa e, conseguentemente, non sarebbero possibili criteri di valutazione relativi alla correttezza della seconda. Il diritto sarebbe interpretazione e null'altro che interpretazione senza poter dire di che cosa si tratti. Neppure si potrebbe rispondere conclusivamente che si tratta d'interpretare testi giuridici, perché questi sono essi stessi frutto d'interpretazioni, a meno che non li si considerino meri enunciati linguistici, i quali di per sé non hanno nulla di «giuridico». L'interpretazione è legata alla positività fino al punto da potersi affermare che la stessa positività del diritto è il risultato d'interpretazioni e il principio di altre interpretazioni. Il senso propriamente non lo si interpreta, ma lo si comprende, e ciò dà luogo ad una catena infinita di eventi interpretativi. La questione metodologica della correttezza dell'interpretazione è, dunque, subordinata a quella ermeneutica delle condizioni di possibilità della comprensione dei testi giuridici. (VIOLA, Francesco. **Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto**. Disponível em <http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf> Acessado em 01/02/2018. P. 11)

²²⁰BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. P. 173.

²²¹Interpretar o Direito é *desentrañar el sentido de una norma en su sentido plenario, presupone el conocimiento del derecho en su totalidad, y la coordinación necesaria de la parte con el todo*. (COUTURE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo III. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963. P. 16)

²²²Un rasgo de la acción humana que no se ha destacado en el análisis anterior puede proporcionar un vínculo interesante entre la plurivocidad específica del texto y la plurivocidad analógica de la acción humana (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 187)

²²³CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do Direito**. Belo Horizonte: Editora Lider, 2008. P. 11.

existência novas questões que tornam a sua a decisão uma decisão voltada a compreensão hermenêutica, abandonando a decisão como aplicação lógico-dedutiva do direito.^{224,225}

Conclui-se que os fenômenos conflitológicos são inerentes à existência humana intersubjetiva, possibilitado pela linguagem, que manifesta a forma de existência do ser-aí na cotidianidade, onde se desenvolvem os diversos fenômenos da existência, os quais transformar-se-ão em direito a partir da criação do direito pelo processo: isso demonstra que é o homem o centro do processo de criação do direito.²²⁶ Ao absorver os fenômenos da existência como

²²⁴La realidad nos ofrece, sin embargo, una visión completamente distinta. En los procesos se agitan cuestiones de difícil resolución que mueven profundos debates en la doctrina. La ley no siempre tiene un significado Litúrgico, sino que muchas veces es susceptible de comprender diversos significados igualmente posibles. Por otra parte, el dogma del ordenamiento jurídico cerrado hace varios lustros que ha dejado de tener validez, admitiéndose comúnmente que el juez suple los defectos del ordenamiento jurídico, llenando con su labor productora del Derecho los intersticios de la ley.[...] Abandonada la concepción del juicio como actividad lógica, es preciso admitir que el juicio jurisdiccional es una entidad compleja, integrada por juicios lógicos, históricos y críticos que se entrecruzan entre sí en las distintas etapas de la resolución judicial, incluso es sumamente difícil distinguir en dicha resolución diversas etapas. Por su condición de actividad mental, el juicio jurisdiccional es irreducible a esquemas prefabricados. Pero como sea que el estudioso precisa de los conceptos como instrumentos de su investigación, es necesario distinguir diversas etapas en la formación del juicio, sin olvidar que dichas etapas tienen un valor simplemente sistemático. [...] Los juicios lógicos tienden principalmente a averiguar el o los significados posibles de la norma; los juicios históricos van encaminados a reconstruir los hechos y a determinar la existencia de la norma; los juicios críticos y de valor son los que determinan la elección de uno entre las varias significados posibles de la norma y los que mediante el examen del caso concreto determinan, con base en los resultados de los anteriores juicios, la resolución concreta del juez. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P. 77-80)

²²⁵¡Henos aquí bien lejos del estudio positivo de los hechos sociales, el único que he pretendido hacer y el único que pueden y deben hacer los juristas! Nunca hubiera pensado que para criticar mis modestos escritos hiciera falta nada menos que el apoyo de los maestros ilustres de la filosofía contemporánea. Que los fenómenos del mundo social y del mundo físico se desenvuelvan en series unineales o politineales; que existan o no existan seres cuya espontaneidad desempeña el papel de un interruptor de las series continuas; que el derecho tenga necesidad del postulado de finalidad y el de la libertad de los agentes en la elección de los medios, insisto en pensar que todo esto es absolutamente indiferente para el estudio positivo de los hechos sociales como de los hechos físicos. Los unos son conscientes, los otros no lo son probablemente; pero unos y otros son hechos; y unos y otros son susceptibles de observación directa. Nadie admira más que yo la penetración de William James, la potente y poética imaginación de Bergson, la sutileza profunda de Hauriou. Pero, fuera de la observación directa de los hechos, sus especulaciones no hacen avanzar nuestros conocimientos positivos ni una línea. Monsieur Hauriou mismo ha hecho mucho más por el progreso de la ciencia del derecho con sus notas realistas, publicadas en el *Recueil de Sirey*, que con sus fantasías metafísicas de la *Science sociale, traditionnelle*, de *Le Mouvement social*, de la *Théorie de l'institution* y de los *Principes de droit public*. Si se me censurase el haber observado mal los hechos, el no haber sabido analizar las causas que han procluido la diferenciación actual de gobernantes y gobernados la transformación del Estado Moderno, el carácter del movimiento sindicalista en la Francia de hoy, las formas exteriores que revisten las relaciones jurídicas, he ahí críticas que comprendo y acepto. En cuanto a la censura de no haber tomado posición sobre la continuidad o discontinuidad de los fenómenos, el desenvolvimiento en series unilineales o multilineales, la finalidad, la causalidad y la libertad, no la admito, porque precisamente me he propuesto eliminar esos problemas, a cuya solución desconfío que jamás pueda llegarse. Todas esas especulaciones filosóficas las admiro y me gustan; pero no son más que bellos poemas. (DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón**. 2ª ed. Madrid: Príncipe. P. 212-214)

²²⁶*El hombre es el centro del proceso de creación del derecho*. Sus características psíquico-somáticas desempeñan un papel decisivo en todos los ámbitos del derecho. Su nacimiento, su desarrollo, la necesidad y protección del niño, la separación de sexos, todos sus instintos y pasiones, la organización y los contenidos de su vida espiritual: todo es de importancia suma para el derecho. Sin la capacidad y la voluntad de propiedad de los hombres, sin su capacidad de curar autónomamente por sí mismos, sería inimaginable una institución como la propiedad; sin el sentimiento del honor no habría ninguna norma jurídica que lo protejera; sin creaciones espirituales personales no habría tampoco ningún derecho de autor ni ninguna protección jurídica de las patentes de invención. Pero también la característica del acaecer psíquico en particular y en detalle puede ser relevante; piénsese

direito pelo processo, o direito tem potência de *adaptação existencial*, o que é possível, segundo será expandido no processo, mediante a filosofia do direito processual ora proposta, pois o direito é dinamizado pela dinâmica processual devidamente reestruturada para alcançar novos fins ao direito.^{227,228}

2 - Da Jurisdição ao Processo: do redimensionamento da jurisdição no tocante à função jurisdicional (*auctoritas*) e à administração da justiça (*potestas*) por uma dinâmica processual

Y es que en definitiva se ha perdido de vista la importancia del juicio.^{229,230}

A Jurisdição ganha sentido de Democracia Participativa quando tem em suas bases a legitimação social operada pelo Processo: isto demonstra a superação da *jurisdição como vocação de nossos tempos*²³¹, pela de *processo como vocação de nossos tempos*. Em uma Democracia, são os diferentes processos que garantem a legitimação das operações realizadas

en el hecho psíquico del error. Con razón afirma Flume que este hecho psicológico tiene una decisiva relevancia jurídica. También la culpa y la premeditación son datos psíquicos previamente dados al derecho y a la acción jurídica. Por último, la aspiración del hombre a la vida comunitaria y a la colaboración son datos de decisiva importancia (COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. P. 131-132)

²²⁷Por el hecho de abrir nuevas referencias y recibir de ellas una nueva pertinencia los actos humanos están también a la espera de nuevas interpretaciones que decidan su significación. De este modo, todos los acontecimientos y hechos significativos están abiertos a este tipo de interpretación práctica a través de la praxis actual. Además, la acción humana está abierta a cualquiera que sepa leer. De ello resulta que, si el significado de un acontecimiento es el sentido de sus próximas interpretaciones, la interpretación por los contemporáneos no tiene un privilegio especial en este proceso. Esta dialéctica entre la obra y sus interpretaciones es el tema de la metodología de la interpretación que consideraremos ahora. (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 177)

²²⁸El proceso supone una dimensión, aquello a lo que se refería Francesco Carnelutti, es decir, una visión suprallegal, metalegal o supranormativa, que a su vez supone una filosofía del derecho y del proceso. Ya lo decía el profesor Salvatore Satta: “en todo procesalista, hay un filósofo oculto”, en demostración de esa estrecha relación entre la ciencia procesal y la filosofía del derecho. El maestro Carnelutti, quien murió en 1965, decía en su *Diritto e Processo* que la ciencia no es ciencia, sino tiende a ser filosofía. (VELEJJO, José Antonio Silva. **La ciencia del Derecho Procesal: Historia y Derecho**. Ponencia llevada a cabo el 25 de febrero de 2011 en el auditorio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Perú, en el marco de las actividades de capacitación de la Escuela de Formación de Auxiliares. Disponível em < <https://edwinfigueroaog.wordpress.com/2011/02/28/conferencia-la-ciencia-del-derecho-procesal-historia-y-derecho-comparado-dr-jose-antonio-silva-vallejo/> > Acessado em: 31/01/2018)

²²⁹Los antiguos debían fundar el origen de juicio y de los tribunales en principios míticos o religiosos. Así se afirmaba del tribunal del Aréopago ateniense, instituido, según Esquilo, por los dioses para juzgar a Orestes. Sólo mediante una institución divina se comprende la trascendencia de la función de juzgar. Y cuando los principios religiosos pierden su importancia se eligen como jueces a personas relevantes, a personas que gozan de un prestigio público, y solo dicho prestigio les autoriza a juzgar los problemas jurídicos que les son planteados. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.70)

²³⁰A *jurisdição é, portanto, uma fonte jurídica, ao lado da legislação*. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P.136)

²³¹Vide: PICARDI, Nicola. **La giurisdizione all'alba del terzo millennio**. Milano: Giuffrè, 2007.

pelo Estado, de maneira que ao se enxergar essa passagem da jurisdição ao processo o que se busca é dotar os cidadãos como ativos, como participantes de uma criação de novos textos de direito, o que se visualiza através da peculiar dinâmica que o Processo possui.

Inicialmente, o perfil dinâmico do processo exige da jurisdição um reacertamento no tocante à função jurisdicional e à administração da justiça, para que a Jurisdição encontre no Estado Ativo-Responsivo uma importante reconfiguração. Esse reacertamento localiza-se a partir de um importante norte na atualidade: a legitimação democrática das instituições pela participação e colaboração. A *auctoritas* (função jurisdicional) passa a ter uma legitimação efetuada pela *potestas* (administração da justiça), tida como <a governabilidade das partes>, projetando o cidadão ativo à dinamicidade processual.

Essa participação acaba equilibrando a liberdade e a igualdade processual via colaboração reativa, ampliando a dialética, produzindo um debate dialético-dialogal, de modo que isso resulta em uma função jurisdicional operada pela compreensão hermenêutica em um jogo interpretativo garantido pela colaboração reativa das partes em uma constante dialética. A cidadania ativa passa a permear o processo, elevando a democracia a uma democracia participativa.

A partir da reconfiguração da função jurisdicional legitimada pela administração da justiça, o *ius facere*, atribuído a função jurisdicional, reformula-se pela dinâmica processual: no processo opera a compreensão hermenêutica. Esse reacertamento rompe com a racionalidade apregoadas ao Estado Moderno, que tinha como processo a mera aplicação da lei como *potestas*, responsável por, durante tanto tempo, dar reconhecimento ao Juiz pela lei, e não pela

compreensão hermenêutica posta ao diálogo-dialético do fenômeno conflitual.^{232,233,234,235} A politização da vida reflete-se no processo por meio dos fenômenos conflitológicos de interesses, que denota a relevância do fenômeno conflitual como gênese do direito, na busca de uma participação mais ampla e a proteção ao direito lesionado/ameaçado.²³⁶

A jurisdição pode ser estudada tanto do ângulo do direito processual como do direito constitucional: desde a ótica do direito constitucional a jurisdição se traduz como um dos três poderes, ao lado do Legislativo e do Executivo. Conforme se verá, essa diferenciação entre os poderes já não é mais fruto de uma separação rígida, mas sim de uma *divisão de poderes* (caráter

²³²En Roma ya se distinguía la auctoritas de la potestas, la primera era un atributo de aquellas personas sabias, la cual, era detentada por el Senado en sus orígenes, y que consistía en aquel “saber socialmente reconocido”, a diferencia de la potestas que era aquel “poder socialmente conocido”, el cual, se distingue de la auctoritas por su posibilidad coercitiva –elemento que posibilita imponer la voluntad propia aun en contra del consentimiento de un tercero–. Los funcionarios que gozaban de auctoritas emitían opiniones, mismas que carecían de coercibilidad; sin embargo, no necesitaban ni la forma de una orden —potestas— ni el apremio exterior para hacerse oír —coerción—. Theodor MOMMSEN decía al respecto que “más que una opinión y menos que una orden, una opinión que no se puede ignorar sin correr un peligro”. En este sentido, *las opiniones de las autoridades se seguían porque tenían en sí la fuerza de la razón, y no la razón de la fuerza (non razione imperii sed rationis imperio), y por lo mismo, las personas a las cuales se dirigían dichas opiniones se sentían vinculadas por las mismas*. Por ello es importante conceptualizar la función judicial en su nivel de auctoritas; no en la potestas. ¿Cómo se podrá lograr la anhelada auctoritas? Por las razones aducidas en la motivación y que justifiquen que éstas dieron lo justo a quien le corresponde, y de esta manera, se legitime este poder ante la sociedad. (ÁMANO, José Sebastián Gómez. Juez creador de historia El juez como espectador, actor y director de la historia en la modernidad. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, México, Unam., n.º 34, 2012, Pp. 69-96. P. 90)

²³³Ver: CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

²³⁴Se perguntarmos a um leigo que forma se designa com a palavra direito, ocorrer-lhe-á logo pensar em um homem que comanda e em um outro que obedece ou desobedece: um ladrão e um polícia, um acusado e um juiz, um cidadão e o governo. E visto que a forma do objeto que se designa com a palavra comando, aparece frequentemente marcada com uma insígnia aposta na pessoa que comanda ou na coisa que serve para comandar, o seu pensamento irá logo para a beca do juiz, para a farda do polícia, ou para o papel selado em que se escreve uma sentença. Esta intuição do senso comum é exata, mas é necessário desenvolver-la pelo raciocínio. Não é necessária grande atenção para nos darmos conta de que aquilo que se apresenta como comando é o aspecto de um objeto complexo, quanto mais não seja porque não há comando sem comandante e comandado. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P. 83)

²³⁵Como pelas atribuições do Rei, que acumulava auctoritas e potestas o Estado Ativo-Responsivo representa similaridade, este modelo de estado acaba possibilitando a fusão entre auctoritas e potestas. Muito diferente de Roma o Estado tem de absorver as diversas potestas do social, para que assim passe a regular esse sem número de possibilidades sociais que a adaptação existencial exige, pois de um lado a auctoritas operada por uma compreensão hermenêutica, vem com o fenômeno conflitológico de interesses certifica-se nos reclames sociais apregoados a dinâmica processual via princípios e os objetos de formação e desenvolvimento das tutelas via potestades que são partilhadas em um amplo diálogo possibilitados do debate democrático.(TEJERO, Francisco Hernández. Sobre el Concepto de Potestas. **Anuario de historia del derecho español**, 1946, Pp.605-624, n.º17. P. 615 e segs.)

²³⁶Em analogia, a dinamicidade processual similar é a Ártemis. Portanto “Ártemis, não é selvageria. Ela trata de tornar de certa forma permeáveis as fronteiras entre o selvagem e o civilizado, já que a caça nos faz passar de um a outro, mas ao mesmo tempo mantendo-as perfeitamente claras, pois de outro modo os homens se bestializam – o que aconteceu no século III, segundo Políbio, aos arcádios de Cineta, que regrediram a um estado anterior à civilização por terem abandonado os ritos e práticas patrocinados pela deusa; retirando-se de cidades e povoações, vivendo voltado para si mesmos, eles evidenciaram, massacrando-se entre si, a mesma ferocidade com que os animais se entredevoram.(VERNANT, Jean-Pierre. **A Morte nos Olhos**. Figurações do Outro na Grécia Antiga. Ártemis, Gorgó. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988. P. 18)

mais brando se comparado com a separação) onde as três esferas do Estado não possuem uma função rígida, mas são ativos e democráticos para com a participação da sociedade e cidadania.

Um nítido efeito da divisão de poderes, no Judiciário, é a fusão em seu Poder Jurisdicional, da *auctoritas* (função jurisdicional) unida à *potestas* (administração da justiça), pois adere a função de império legitimidade democrática e social, passando o Judiciário a ser também um espaço de criação do direito pelo processo - como espaço dialético voltado a governança do povo junto a governança processual das partes.²³⁷

A atividade da jurisdição junto à sociedade deve ser desempenhada pela função jurisdicional apregoada à compreensão hermenêutica (não mais a mera aplicação do direito), momento em que o juiz deve julgar o caso – função processual – fundamentando a decisão com fulcro na responsabilidade sociopolítica desse poder constituído – *auctoritas* -, sendo esta uma parte da administração ou função processual, momento adequado para o necessário partilhamento da *potestas* pelas partes em colaboração reativa, pelo profunda reconstrução do princípio dispositivo constitucionalizado e pelo contraditório constitucionalizado, sistema jurídico que cria uma possibilidade de dinâmica processual impulsionada pelas Constituições Democráticas.

A evolução histórica da Jurisdição – *iurisdictio*²³⁸ – é tema do mais relevante para nossa reconfiguração, pois esta era compreendida como uma das *potestas* do Estado, o que vem a determinar o *ius dicere*²³⁹, apregoando a função jurisdicional à aplicação da lei.²⁴⁰ Nesse sentido

²³⁷El profesor Héctor Fix-Zamudio refiere, con su habitual destreza, la dificultad de Alcalá Zamora, uno de los procesalistas más conspicuos, para dilucidar si la jurisdicción debería encuadrarse como objeto de estudio del derecho procesal o bien del derecho constitucional. En efecto, puede analizarse desde los dos puntos de vista: desde la óptica del derecho constitucional, la jurisdicción conforma una de las tres funciones estatales, y para la técnica procesal consiste en la actividad del propio Estado que dicta el derecho a través del proceso. (ADALID, Mario Melgar. **La Judicatura y su Función Social**. Disponível em <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/23.pdf>> Acesso em 01/02/2018. P.107)

²³⁸Se, etimologicamente, jurisdição significa dizer o direito (juris e dictio), na realidade os fatos o seu conteúdo é mais amplo porquanto não se limita ao conhecimento da causa e ao seu julgamento, incluindo também a execução do julgado. Pela jurisdição o direito não é apenas declarado, ele é aplicado autoritariamente. (PASSOS, J. J. Calmon de. **Da Jurisdição**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1952. P. 14-15)

²³⁹Al Poder Judicial está reservada, la gran responsabilidad de adecuar el derecho positivo, cuando la vigencia social del mismo presenta síntomas de debilitamiento e inabaptabilidad, a la cambiante realidad, manteniendo viva de esa forma su estructura normativa. **La facultad creadora del juez**, es en estas circunstancias mucho más amplia que la que se le puede atribuir en un caso común de interpretación de la norma legal. De esta afirmación no debe deducirse, sin embargo, que el juez tenga para estos supuestos una libertad tal que pueda establecer por su sola voluntad cualquier tipo de limitación. Sus decisiones estarán metajuridicamente condicionadas, y la estructura de su realidad social será la fuente natural de este acto regulador. (WARAT, Luis Alberto. **Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969. P. 89-90)

²⁴⁰A verdade é que ente o século XVII e a primeira metade do século XX, registrou-se na Europa continental não tanto uma esterilização da política, mas uma *burocratização do juiz*, que terminou por igualar substancialmente a função judiciária à administrativa. Ambas as funções foram consideradas como divisões de um único aparelho do poder. O poder em sentido estrito era detido e exercido indubitavelmente pelas elites políticas. *O judiciário era considerado, assim, apenas como um meaanismo especifico, que opera em um processo de interação social*. Mais precisamente entendia-se que *os juízes agissem por delegação de quem detivesse a soberania*. Por consequência,

da função jurisdicional, o juiz deve respeitar o órgão legítimo para com a produção da lei, ou seja, deve o judiciário seguir as leis que provêm de decisões do Legislativo que é o legitimado democraticamente para tal (é estabelecido como aplicar as Leis²⁴¹).

O Estado-Legislativo reduz amplamente a atividade jurisdicional, que noutro momento era delineada pelo *ius facere*²⁴² (provém da experiência jurídica)²⁴³. No passado, detinha a *auctoritas* aquele que possuía a sabedoria essencial unida à legitimada social para decidir os problemas sociais nas sociedades antigas, pois com sua decisão estes imperavam. As decisões

a magistratura parecia assumir função de subsistema, que sustenta o poder político, operando no seu mesmo âmbito. De outra parte, a adoção do modelo hierárquico-burocrático, solidário com a cultura juspositivista, assegurava uma atividade jurisdicional inspirada pela ideologia de fidelidade a lei. Também se era assegurado aos funcionários judiciais – embora com gradações diversas, segundo os tempos e os países – um estatuto particular, uma certa independência em relação as outras articulações do aparelho (independência em sentido débil), o modelo hierárquico burocrático terminava por repropor em substancia a imagem do juiz bouche de la loi E porque a sua função era a de exigir o respeito ao comando da lei, a atividade do juiz era despojada das características próprias ao poder (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 26)

²⁴¹Entretanto, a relação entre auctor e artifex de modo algum é relação (platônica) existente entre o senhor que dá ordens e o servo que as executa. A característica mais proeminente dos que detêm autoridade é não possuir poder. Cum potestas in populo auctoritas in senatu sit, “enquanto o poder reside no povo, a autoridade repousa no Senado”. Dado que a “autoridade”, o acréscimo que o Senado deve aditar às decisões políticas, não é poder, ela nos parece curiosamente evanescente e intangível, assemelhando-se a esse respeito de maneira notável ao ramo judiciário do governo, de Montesquieu, cujo poder foi por ele chamado “de certo modo nulo” (en quelque façon nulle) e que constitui, não obstante, a mais alta autoridade nos governos constitucionais. Mommsen referiu-a como sendo “mais que conselho e menos que uma ordem; um conselho que não se pode ignorar sem risco”, pelo que admite que “a vontade e as ações das pessoas, assim como as das crianças, são sujeitas a erro e engano e necessitam portanto de ‘acréscimo’ e confirmação através da assembleia dos anciãos” O caráter auctoritário do “acréscimo” dos anciãos repousa em sua natureza de mero conselho, prescindindo, seja da forma de ordem, seja de coerção externa, para fazer-se escutado. (ARENDDT, Hannah. **Entre Passado e Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016. P. 194-195)

²⁴²Un importante settore della dottrina difende la natura giurisdizionale della volontaria giurisdizione, anche se in questo stesso settore vi sono varie tendenze a seconda delle diverse interpretazioni che formula ogni singolo autore sulla funzione giurisdizionale e, infine, sul concetto stesso di giurisdizione. Da una parte, un ristretto settore della dottrina parte dalla premessa che in ogni istanza o domanda inoltrata presso i Tribunali si trova intrinseco un conflitto in potenza o in atto. Per dare una risposta a questo conflitto nelle sue diverse fasi, il genus commune di giurisdizione si divide in due criteri: la volontaria giurisdizione e la giurisdizione contenziosa, la cui differentia specifica, in termini scolastici, è la presenza o l’assenza di litis o controversia. In tal modo, per questo settore della dottrina, il fine specifico della volontaria giurisdizione è la tutela dell’ordine sociale mediante la prevenzione della litis o controversia, per mezzo dell’intervento del Giudice nello sviluppo degli atti giuridici privati. Un secondo gruppo di autori crede che la volontaria giurisdizione vada inclusa nel genus di giurisdizione, dato che lo ius dicere o, in senso lato, il processus iudicii si verifica quando il Giudice applica il diritto oggettivo nel caso concreto, sia con la finalità di risolvere una controversia tra due soggetti (giurisdizione contenziosa), sia quando si cerca di autorizzare un soggetto ad agire in un determinato modo, introducendosi così nel processo formativo della volontà giuridica del soggetto (volontaria giurisdizione). Tali autori, pertanto, sostengono che la volontaria giurisdizione è un’attività volta a tutelare un interesse privato insoddisfatto (a causa dell’impossibilità dell’esercizio di una facoltà o procura da parte del suo titolare), comprovando la soddisfazione di alcune condizioni indispensabili ex lege affinché si possa verificare validamente una serie di effetti giuridici previsti dalla legge a cui mirano i soggetti coinvolti e la cui produzione dipende espressamente dall’intervento del Giudice, organo indipendente e imparziale incaricato dell’attuazione dell’interesse tutelato mediante: a) l’integrazione del diritto attraverso la partecipazione costitutiva negli atti giuridici; b) l’assistenza delle persone e la garanzia dei diritti esistenti; e c) l’aiuto per lo sviluppo delle relazioni giuridiche. (ORTIZ, Juan Ramón Liébana. **La nuova volontaria Giurisdizione in Spagna**. In: Rivista Scientifica di Diritto Processuale Civile. La Nuova Procedura Civile, 2016, Pp.13-39. P. 5-6)

²⁴³DOMINGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Atelier, 2008. P. 22 e segs.

tomadas eram contingenciais e dadas a partir dos fenômenos postos, por decisões *criadas – ius facere* - para aquela situação.²⁴⁴

A Jurisdição elaborada e delimitada com o Estado Moderno se mostra muito diferente da *iurisdictio* nascida em Roma. Naquele período, imperava uma visão da jurisdição não-diferenciada entre fiscal, militar, religiosa e civil, mas, sim como *tudo relativo aos civis*, ou seja, todos os cidadãos partilhavam seus conflitos na *iurisdictio* com resolução ditada através do *ius facere*. As normas criadas eram duas: as primeiras as que se davam entre os sujeitos de direito, que se convertiam em jurídicas (direito privado), e as segundas criadas pela comunidade para regular as relações com o Estado, os deuses e outros Estados e seus sujeitos (direito público).²⁴⁵

²⁴⁴La autoridad es la verdad socialmente reconocida; la potestad es la fuerza socialmente reconocida o poder. Asimismo de dicha dicotomía deriva la diferencia que existe entre ley y jurisprudencia y el diferente valor de una y otra: de la potestas imperandi» surgen las leyes; del parecer de los que gozan de autoridad nace la jurisprudencia, cuya aplicación coactiva depende de la ley y no de sí misma. [...] lo propiamente jurídico era la solución justa del caso concreto, y no la regla emanada del órgano revestido de *imperium*. Para promulgar leyes, para hacerlas cumplir, los romanos concedían a ciertas personas una potestas, que era una facultad pública inherente a la sociedad políticamente organizada; en cambio, la solución justa del caso concreto dependía de la auctoritas de unas personas, de unos jurisconsultos, que eran los productores del verdadero derecho, y el poder político se limitaba a regular y encapuzar de algún modo el ejercicio de tal autoridad». Pues bien, el juez de nuestros días continúa teniendo autoridad, la misma auctoritas del juez romano, y por ello se distingue de cualquier otro funcionario administrativo. Esta autoridad, señala CARRERAS, «es irreducible a los conceptos administrativos de función y fundación, y lo único que ha ocurrido antes y después del liberalismo es que a tal autoridad se le ha añadido una potestad pública. Análoga a la del funcionario para mejor desempeñar su cometido». Aunque coexisten estas dos atribuciones en el juez actual hay que tener en cuenta la diversa significación de cada una de ellas: tan sólo la autoridad del juez constituye el soporte jurídico de la declaración jurisdiccional, sin que en ella esté sometido a límites temporales o jerárquicos, al contrario de lo que ocurre con su potestad. En definitiva esta autoridad del juez halla su completa expresión en el juicio por medio del cual se determina lo que es justo o injusto en el caso concreto. (MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P.146-147)

²⁴⁵No es terminología de la Roma clásica el hablar de una jurisdicción civil, diferenciada de otros tipos de jurisdicción, como pueden ser la penal, fiscal, militar o religiosa, puesto que "civil" para los romanos era todo lo relativo a los cives, es decir, a los ciudadanos y en este sentido toda *iurisdictio* era civil. En Roma se partía de la existencia de unas relaciones entre sujetos de derecho y que, desde el momento en que éstas se contemplaban por el derecho, se convertían en jurídicas. Así, y siguiendo a MOMMSEN, la comunidad, en Roma, crea dos tipos de normas jurídicas; las primeras serían las que se dan los sujetos del derecho a sí mismos para regular las relaciones entre ellos y, las segundas, las creadas por la comunidad para regular las relaciones con el Estado, los dioses y otros estados o sus sujetos. Al primer grupo de normas jurídicas se le ha llamado Derecho privado y al segundo Derecho público. Ambos tipos de normas guardan la misma coherencia interna y tienen un elemento común, como es que, cualquier contravención de estas normas establecidas por la comunidad para ordenar su convivencia será castigada por los órganos jurisdiccionales competentes. A este respecto recuerda MOMMSEN el derecho y el deber de intervenir contra el ciudadano que violaba las instituciones de la Ciudad, en virtud de la facultad de coerción de que estaban investidos los magistrados para hacerse obedecer, incluso por los magistrados de inferior rango. Dejando al margen las cuestiones de Derecho público y centrándonos en el Derecho privado, hay que recordar que inevitablemente surgen discrepancias entre los sujetos de las relaciones jurídicas. En estos casos, y superada muy pronto la época en que se acudía a instancias sobrenaturales, los cives romanos delegaron la resolución del conflicto en una persona ajena al mismo, investida por la comunidad con el poder de decisión, e incluso, del poder de ejecutar la decisión tomada. Desde el momento en que se acude al rey, a magistrados o a jueces que resuelvan un litigio surgido entre los cives, entramos en relación con el campo del Derecho público, - al fin y al cabo rey, magistrados y jueces son representantes de la res publica - y, dentro de aquél, en el terreno de la jurisdicción. Esta jurisdicción, por cuanto nace para decidir y resolver los litigios que se producen entre particulares sujetos de derecho, entre personas, físicas o jurídicas, en un plano de igualdad, es lo que en nuestra

A *auctoritas* do magistrado romano era pura função judicial e dava valor intrínseco a suas decisões. Nesse contexto, é possível afirmar que a função jurisdiccional nem sempre foi exercida pelo Estado, pois, como visto, eram atribuições de competência do Pretor e Magistrado. O vínculo entre jurisdição e Estado e a ideia de criação do direito pelo Estado foi afirmada desde a época moderna, nos séculos XVII e XVIII²⁴⁶ “*una serie di circostanze storiche hanno comportato che dal XVII al XX secolo lo Stato moderno si sia arrogato il monopolio della giurisdizione; ma il potere giurisdizionale storicamente preesisteva e non si risolveva necessariamente in una funzione dello Stato.*”²⁴⁷

terminología actual denominamos jurisdicción civil: una actividad de los órganos públicos y, por tanto, jurídico-pública en sí misma, pero encaminada a sustanciar litigios que por su materia son de Derecho privado. Ya hemos advertido que, en rigor, dicha expresión no resulta exacta para el Derecho romano en donde toda jurisdicción era civil. Sin embargo, y como licencia terminológica para facilitar la comprensión conceptual, es admisible utilizar la expresión "jurisdicción civil" con el sentido que le damos hoy en el lenguaje forense, como actividad jurisdiccional en materia de Derecho privado. Así pues, en adelante hablaremos de jurisdicción, de litigios o de procedimientos "civiles" para referirnos a los que se desarrollaban sobre controversias de Derecho privado, incluyendo los llamados delitos privados. Como ya hemos expuesto, a pesar de que la actividad jurisdiccional es siempre, en sí misma, de carácter público, aunque resuelva conflictos de Derecho privado entre particulares, existió en Roma una jurisdicción que se podía considerar exclusivamente privada. Nos referimos a aquella que ejercía el pater familias en su entorno familiar y patrimonial. Esta jurisdicción, también denominada doméstica, es la única en la que no intervenía el estado, más que en supuestos excepcionales, para proteger la salud o vida de las personas in potestate, in manu y de los esclavos. (ROBLES REYES, Juan Ramón Robles Reyes. **La Competencia jurisdiccional y judicial en Roma**. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003. P. 17-19)

²⁴⁶La función jurisdiccional no ha sido ejercida exclusivamente por el Estado, aunque históricamente se ha vinculado la jurisdicción con el poder estatal y expresión misma de la soberanía. El vínculo entre jurisdicción y Estado y la idea de la creación exclusiva a partir del propio poder constituyente han sido afirmados desde la época moderna (siglos XVII y XVIII), pero este referente paradigmático por el que se define la jurisdicción como función estatal de solución de litigios entre partes puede ser perfectamente replanteado. Aunque desde el mismo se justifican principios procesales como los de la exclusividad de la jurisdicción e independencia judicial, teniendo en cuenta el régimen liberal y republicano, en el que el poder constituyente es titular de la función jurisdiccional, no puede soslayarse la evolución del concepto dado el reconocimiento que se hace frente a concesión de tutelas concretas más allá del propio Estado. (RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 19, 2007, Pp. 1-19. P. 3-5)

²⁴⁷La nuova concezione secondo cui giurisdizione e sovranità sono connesse in modo inseparabile rappresenta, peraltro, solo l'inizio di un lungo e controverso processo storico. Mutamenti del genere si realizzano con gradualità e attraverso una serie di passaggi intermedi. Con l'approssimazione inevitabile nel disegno complessivo dei grandi movimenti culturali che si sono sviluppati fra il XVII e il XIX secolo, può intravedersi una duplice linea evolutiva. In una prima fase, la giurisdizione nell'antico regime era estremamente frammentata in una serie di organi di diversa origine e di differente autorità che esercitavano funzioni giudiziarie, in via esclusiva e in via cumulativa, con funzioni politiche, consultive o amministrative. Ad esempio, a Napoli, ancora agli inizi del XIX secolo, erano insediati organi investiti di poteri giurisdizionali, alcuni dei quali godevano della c.d. abdicativa o privativa nei confronti di qualsiasi altra magistratura. L'istituzione, o la ricostituzione, nei singoli Stati di Tribunali supremi (Rote, Senati, Regi Consigli, Consulte ecc.) contribuì alla unificazione del diritto nell'ambito dello Stato e, in qualche misura, anche all'armonizzazione fra diversi Stati, ma non valse ad eliminare il particolarismo delle giurisdizioni, complicato ulteriormente dal sistema delle immunità e dei privilegi del foro. La frammentazione, a sua volta, non poteva non incentivare conflitti di giurisdizione e/o di competenza e, quindi, incertezze nel riparto del potere giurisdizionale. A volte la confusione era, inoltre, accresciuta dal frequente uso improprio della ricasazione. In una seconda fase, sotto l'influsso dell'illuminismo maturò, invece, il progetto di fare della giustizia un sistema "sicuro ed ordinato". Occorrerà, però, attendere la Rivoluzione francese e la legislazione napoleonica perché venga affermato un nuovo modello organizzativo: il monopolio statale della giurisdizione. I difetti della giustizia dell'Ancien Régime erano stati, innanzitutto, amplificati e volgarizzati nei cahiers de doléances. Infatti, sui temi qui in esame, dai cahiers emerge, da un lato, la richiesta generalizzata di sopprimere le forme di giustizia feudali o municipali a vantaggio della sola giurisdizione che si ricollega alla sovranità nazionale, quella del re; dall'altro, la richiesta, altrettanto generalizzata, di abolire le commissioni straordinarie, le avocazioni e, in genere,

Pouco a pouco, à *auctoritas* do magistrado uniu-se a *potestas* do pretor, de modo que até a idade moderna a jurisdição pertence ao soberano, que julga por meio dos poderes concedidos por Deus. Depois, o poder divino é substituído pelo poder da razão, quando da Revolução francesa²⁴⁸, e o *mistério* da função de julgar aflora por todos os lados, pois a razão é

gli strumenti tipici della justice retenue da parte del re. Aboliti i privilegi di classe e di ceto, con la legislazione rivoluzionaria e poi definitivamente con quella napoleonica, si provvide invece, a smantellare, nell'Europa continentale, la pluralità delle giurisdizioni e ad affermare l'unicità e la statualità della giurisdizione. Emblematica resta la formula adottata dalla legge napoletana del 2 agosto 1806 che, all'art. 3, stabiliva: "tutte le giurisdizioni baronali sono reintegrate alla sovranità dalle quali saranno inseparabili". In altri termini, lo Stato ormai rivendica il monopolio della giurisdizione, non ammettendo più che istituti o persone diverse possano istituire giudici. L'assioma della giurisdizione quale emanazione della sovranità era, poi, destinato a saldarsi, da un lato, con il principio della statualità della procedura, e, dall'altro, con la concezione del giudice funzionario dello Stato. In effetti, se la giurisdizione è esercizio di un potere sovrano, lo Stato può investire solo un giudice suo funzionario che, come tale, spende l'autorità dello stesso Stato. In secondo luogo, poiché si tratta di un'attività pubblica, il sistema giurisdizionale assume un carattere gerarchico, preconstituito e controllato esclusivamente dallo Stato. Conseguentemente, anche la disciplina del singolo processo viene ricompresa nell'ambito del diritto pubblico e le è attribuito un carattere rigidamente statale. Il giudice funzionario, in definitiva, è tenuto a rispettare le regole di procedura fissate dal sovrano legislatore (*lex fori*), che, a partire sempre dall'epoca moderna aveva iniziato a riservare a sé anche il monopolio della legislazione processuale. Si sono venuti così costituendo tanti autonomi ed indipendenti sistemi giurisdizionali quanti sono gli Stati nazionali o territoriali. Il coordinamento fra i diversi sistemi non poteva non realizzarsi su base territoriale: ogni Stato deve riconoscere gli altri Stati come sovrani, entro i limiti dei rispettivi territori. Sovranità, territorio e giurisdizione sono divenute, così, tre nozioni che si sono intersecate ed hanno interagito con la conseguente coincidenza fra ambito della sovranità ed ambito della giurisdizione: la giurisdizione tanto si estende quanto la sovranità stessa. Per evitare l'isolamento e soddisfare le esigenze legate al commercio e al traffico internazionale, allo Stato non rimaneva che ricorrere allo strumento convenzionale. Nel XX secolo si è, infatti, registrato un ricorso sempre più accentuato alle convenzioni internazionali, prima bilaterali e poi anche multilaterali, in tema di procedura civile ed assistenza giudiziaria. Le convenzioni presuppongono, appunto, sistemi interni chiusi, di stampo nazionalistico ed operano una parziale limitazione della sovranità, e quindi della giurisdizione, solo a condizione di reciprocità. Conseguentemente, nell'ottica della sovranità, lo Stato moderno è diventato autoreferenziale: non ha accettato limiti diversi da quelli che esso stesso si è imposto. In definitiva, l'indagine storica e comparativa conferma la relatività del concetto di giurisdizione: una serie di circostanze storiche hanno comportato che dal XVII al XX secolo lo Stato moderno si sia arrogato il monopolio della giurisdizione; ma il potere giurisdizionale storicamente preesisteva e non si risolveva necessariamente in una funzione dello Stato. (PICARDO, Nicola. *La Crisis del Monopolio Statale. Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*. n.º 2, 2011. Pp. 43-78. P. -51-55)

²⁴⁸Toda la obra de los reformadores revolucionarios aparece inspirada como por un ciego fetichismo por la omnipotencia de la Ley, por la ilimitada autoridad del poder legislativo; el derecho objetivo, más bien que un producto histórico en continua evolución, es considerado como el resultado de algunos principios filosóficos abstractos, buenos para todos los tiempos y para todos los lugares, fijado en modo definitivo por la voluntad del legislador que todo lo prevé. Nace así, de tal concepción, la que, con una frase de Baum, se puede llamar la "ilusión del código" 27: considerando haber alcanzado la cúspide de la civilidad y confiando en la infalibilidad de la razón, los filósofos del final del siglo XVIII creyeron que había llegado el momento de reunir de una vez para siempre en un texto al) SolUtalllellte completo todas las normas que agotasen en cada campo las posibles contingencias jurídicas; y quisieron, por consiguiente, que el Código, la redacción del cual fué, desde los momentos iniciales de la Revolución, uno de los má tenaces propósitos de los reformadores, debiese bastar para todo en el dominio jurídico. El concepto dominante en la filosofía de la llamada *época de las luces*, según el cual el oficio del legislador no era el de registrar caso por caso, en normas escritos, principios que ya la conciencia jurídica nacional hubiese elaborado a través de las necesidades de la vida práctica, sino el de establecer *ex novo* un sistema de reglas inmutables obtenidas deductivamente de pocos axiomas teóricos, engrandeció excesivamente la idea de la función legislativa, en detrimento absoluto de la función jurisdiccional. Unica fuente de derecho fué considerada la ley; única norma jurídica, la palabra salida de la boca del legislador; y como se tenía la idea de que la ley, a través de la codificación, habría sido en cada una de sus partes clara y completa, de modo que en ella habría encontrado fácil y rápida regulación todo hecho específico con creto que pudiera verificarse en el mundo jurídico, se pensó que la función del juez debía limitarse, en cada caso, a una simple labor de busca para encontrar, entre los diversos artículos del Código, aquel que se adaptase al caso a decidir, y que, en un cuerpo de leyes carente de lagunas, podía

temporal e sujeita a mudanças.²⁴⁹ A crescente *potestas* do Príncipe, e a designação de seus juristas, significou invocar na *potestas príncips* a *auctoritas iusprudens*, o que desvirtuou a raiz da constituição mista das denominações²⁵⁰, de modo que se concentrou todo o direito na *lex*.

Nesse sentido, durante os séculos XIX e XX a jurisdição passa a ser um dos atributos essenciais de soberania, voltado aos princípios publicistas, construindo a ideia de jurisdição

absolutamente faltar. (CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1945. P. 43)

²⁴⁹DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.70.

²⁵⁰[...] basada en una genial interrelación entre la autoridad del Senado {auctoritas patrum) y la maiestas populi, que se concretaba en la potestas de los magistrados". En efecto, este sistema creado por Octavio Augusto, y que se consolidó en la época de Tiberio (42 a.C.-37 d.C.)", supuso una directa intervención de la lex en el ius, de la potestas en la auctoritas. Si bien el senadoconsulto siguió siendo una autorización dirigida al magistrado y la realización de los preceptos senatoriales seguían bajo la responsabilidad del pretor, el mismo senadoconsulto llegó a considerarse fuente del ius civile, como lo era antes de las antiguas leyes. Esto se explica porque el senadoconsulto dejó de ser una manifestación de la autoridad del Senado para ser expresión de la potestad del Príncipe. (VANNEY, Maria Alejandra. Ius, Lex y Derechos Subjetivos: una visión Orsiana de la Cuestión. **Persona y Derecho**, n.º 61, 2009, Pp.283-307. P. 287)

como terceiro poder.^{251,252} A jurisdição, dessa forma, voltou-se a *potestas* judicial como faculdade do julgador na aplicação do direito subjetivo ao caso concreto vinculado o princípio dispositivo, bem como somente com função de *ius dicere*^{253, 254}

²⁵¹In alcuni recenti saggi abbiamo tentato di ricostruire la lunga evoluzione che è sfociata nella concezione classica della giurisdizione. In particolare abbiamo sottolineato come la cultura giuridica continentale del XIX e del XX secolo abbia considerato la giurisdizione come uno degli attributi essenziali della sovranità ed abbia ricostruito un sistema giurisdizionale nettamente orientato su principi pubblicistici, basato sullo statualismo della giustizia e della sua organizzazione, nonché sul legalismo della procedura. Nell'economia della presente indagine appare sufficiente ricordare le più autorevoli definizioni ottocentesche, tratte, rispettivamente, dai quattro ordinamenti continentali più rappresentativi. Nell'area culturale tedesca – in cui si è prolungata più a lungo la coesistenza fra le giurisdizioni dell'Impero e quelle dello Stato – Adolf Wach, alla fine del XIX secolo, sentiva ancora la necessità di precisare che gli Stati hanno “una giurisdizione propria, non derivata dall'Impero... I loro tribunali non giudicano in nome dell'Impero. La giurisdizione statale è legata all'organizzazione nazionale dei tribunali” e Georg Jellinek precisava: “le leggi e le decisioni giudiziarie sono sempre atti dell'imperium”. In Francia, il decano Jean Baptiste Eugène Garsonnet scriveva: “due poteri dirigono le società moderne, il potere legislativo ed il potere esecutivo. L'autorità giudiziaria non è un terzo potere rientra necessariamente nel potere esecutivo. Il popolo è la fonte di tutti i poteri... la giustizia è resa in suo nome dai giudici delegati... non si può negare loro il titolo di agenti del potere esecutivo”¹⁰. In Spagna, Magin Fabreca y Cortés puntualizzava: “il potere è unico, perché corrisponde all'unità dello Stato, le funzioni, gli organi per realizzarle, sono molteplici, e si prestano ad una classificazione... in potere legislativo, esecutivo e giudiziario, per questo i diversi organi del potere si denominano a loro volta poteri”. In Italia, Giuseppe Chiovenda ha insegnato che “l'esercizio del potere giurisdizionale si considera esclusivamente come compito essenziale della sovranità”, “sovranità e giurisdizione risiedendo esclusivamente nello Stato”. Questi insegnamenti, espressioni del clima culturale che li ha generati ed in cui si inseriscono perfettamente, risultano ancora oggi ampiamente condivisi. In altri termini, fra il XIX ed il XX secolo, si è consolidata l'idea secondo cui, come lo Stato rappresenta un'entità, così anche il “potere” va considerato come entità unica e indifferenziata, derivata dalla sovranità nazionale. Ma il potere viene distribuito fra i diversi segmenti dell'apparato statale e si scompone in funzioni. Le funzioni, e gli organi che attuano la sovranità, sono, a loro volta, diverse e si articolano, per lo più, nella triplice classificazione: legislazione, amministrazione e giurisdizione. Una volta radicata la convinzione che la giurisdizione è una funzione statale e che il giudice è uno degli organi che esercitano il “potere” dello Stato, attuando la sovranità, i diversi organi del “potere” statale sono stati, a loro volta, denominati “poteri”, finendo così col configurare, quanto meno, un potere legislativo, un potere amministrativo (o governativo) ed un potere giudiziario. Fra i tre poteri si è cercato, poi, di stabilire una specie di gerarchia interna, innescando così un processo di declassamento del potere giudiziario. Durante il XIX ed il XX secolo, per lo più, si è continuato infatti a definire il giudiziario come potere autonomo: il “terzo potere”. Ma, a ben vedere, ormai era solo suggestione di una terminologia risalente. Nella tradizione giuridica continentale la magistratura non costituiva più una di quelle sedi che detengono ed esercitano il “potere”, nel senso weberiano di dominio (Herrschaft), come era avvenuto, ad esempio, in Francia durante l'Ancien Régime (PICARDO, Nicola. La Crisis del Monopolio Statale. **Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche**. n.º 2, 2011. Pp. 43-78. P. 44-47)

²⁵²Jurisdicción es una función ejercida por un tercero suprapartes, dirigida a lograr paz social por medio del acto de juzgar. Ha de precisarse que la jurisdicción es una función que se ejerce en un método de debate que concreta este último acto jurisdiccional. La jurisdicción permite resolver propiamente una pretensión procesal susceptible de ser resistida, previo agotamiento de un proceso, sin que pueda equiparse con cualquier tipo de resolución judicial como sucede en el evento de la jurisdicción voluntaria. El acto de juzgar se plasma en una sentencia. Pero no necesariamente el proceso concluye con esta decisión de fondo, que en el caso de la tutela declarativa permite que se diga cuál es el derecho que le corresponde a las partes, previo agotamiento de un proceso en el que resulta indispensable superar la fase probatoria o de confirmación. Antes de que se profiera la correspondiente sentencia, son emitidos diversos actos jurisdiccionales que son respuesta al propio instar de los demás sujetos intervinientes¹⁵, en ejercicio del derecho de acción, sin que pueda excluirse la posibilidad de pronunciarse oficiosamente en el desarrollo del proceso en atención a los poderes vinculados al principio del juez trops o director. Es necesario aclarar, entonces, que si bien la sentencia se constituye en un acto fundamental de ejercicio de jurisdicción, también asume el carácter jurisdiccional toda aquella resolución o providencia del tercero suprapartes que se profiera dentro del método de debate y que finalmente contribuya en el desarrollo del método para que finalmente se emita el acto de juzgar. La sentencia no puede ser el acto jurisdiccional exclusivo. Puede, incluso, haber jurisdicción sin sentencia, como lo precisa Humberto Briseño Sierra: “Este es el caso de aquellos procesos que no llegan al fallo del litigio, bien porque las partes desistan, renuncien, transijan o de cualquier manera abandonen la serie.” Desde la jurisdicción se busca un enjuiciamiento (en el que se toma partido), en atención a criterios que se estiman justificados para realizar tal actividad. Al respecto, Modesto Saavedra López

expresa: “Pero el sentido genuino de jurisdicción es el de poder para decidir controversias según criterios jurídicos que sirven de fundamento para la decisión. Insistir en estas dos notas para aclarar el sentido filosófico-jurídico del término: enjuiciar autoritariamente y enjuiciar justificadamente. Efectivamente, la jurisdicción es poder (para decidir una situación de manera irrevocable), pero es poder que se ejerce adoptando determinados criterios que se estiman justificados para el enjuiciamiento”¹⁷. Se precisa que originariamente la jurisdicción no sería función estatal. Desde una consideración hegeliana, la jurisdicción estaría representada en la idea de un poder jurídico subordinado, expresión de la sociedad civil (primer momento en la formación del Estado), cuya tarea básica es la de regular relaciones externas y específicamente la de dirimir conflictos de intereses y reprimir las ofensas causadas al derecho establecido; la sociedad civil no agotaría el concepto de Estado por ser un momento inferior y el poder judicial se limitaría a resolver conflictos de intereses surgidos en las relaciones humanas por medio de la administración de justicia, evitando el imperio del egoísmo entre los sujetos. Se pone al Estado por encima del medio para impedir la justicia privada, propia del estado de la naturaleza en donde no existe aún un sujeto imparcial y suprapartes. La jurisdicción pasó a manifestarse como función estatal a partir de un largo proceso histórico, hasta recobrar una importancia notoria dentro del Estado social de derecho, toda vez que es la gran función tutelar de los derechos subjetivos de los coasociados, ofrecida desde un órgano imparcial y ajeno a los hechos que han de someterse a su consideración. Manifestaciones como las de los equivalentes jurisdiccionales no excepcionan esta realidad, toda vez que la jurisdicción se realiza en virtud del reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal. La jurisdicción permite un enjuiciamiento objetivo de acuerdo al derecho, exista o no una ley preexistente en los términos expresados por las reglas primarias sancionatorias, ante la posibilidad de poderse enjuiciar con apoyo a principios específicos. Es desbordada así la consideración tradicional de limitar la jurisdicción a una actividad de mera aplicación del derecho, de acuerdo a unos estándares precisos preexistentes. Cuando se hace referencia a la actividad de enjuiciamiento de acuerdo al derecho, se comprenden las reglas y los principios. Éste es precisamente un punto muy especial que enfrenta en el ámbito de la filosofía jurídica a positivistas y a los no positivistas; pero, como se insistirá más adelante, existen límites para fijar el contenido de la jurisdicción, evitándose el mero decisionismo judicial o los caprichos personales; y, así, mediante el acto de juzgar se garantiza la vigencia del Estado de derecho en el caso concreto, sin que sea procedente una adhesión a una postura radical. Pero lo que sí debe quedar establecido es que el ejercicio de la función jurisdiccional excluye la arbitrariedad por ser ésta realmente antinómica a una solución sustancialmente justa. “No basta la preeminencia o superioridad política del que enjuicia sobre las partes en litigio. La jurisdicción es lo opuesto a la arbitrariedad... Así pues, los criterios que la jurisdicción aplica pueden estar previamente fijados en las leyes o en los precedentes recaídos con anterioridad sobre casos similares. Si no se hallan fijados con anterioridad, se establecen al momento de la decisión, pero no como una pura emanación del poder, sino por su valor, es decir, por su capacidad de convertirse en fuente de resolución de casos iguales. La jurisdicción presupone vinculación a normas o principios aceptados o aceptables”. Para concluir este aparte temático se precisa que la necesidad de enjuiciamiento conforme al sistema de fuentes hace necesario que los órganos jurisdiccionales puedan ser controlados por vía del amparo desde el Tribunal Constitucional. Es necesario que la jurisdicción se exprese por medio de un proceso en el que se respeten los principios y garantías del debido proceso, pero igualmente resulta indispensable un pronunciamiento en derecho. Cuando el proceso jurisdiccional fracasa en este propósito, es dable acudir al guardián de la Constitución. Precisamente este tipo de control permite establecer unos puentes claros de comunión e integración entre dos sujetos que tienen como nota en común la terceidad. Aunque deben considerarse diferencias dependiendo de los modelos de control existentes en Occidente. Así, en el modelo continental europeo se encuentra, por regla general, un Tribunal Constitucional, órgano de cierre, que procede de los otros poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), lo que permite comprender la pluralidad de sus integrantes. Se destaca que el Tribunal Austriaco es el primero de los Tribunales constitucionales en el continente europeo (1920), prototipo del modelo constitucional de control concentrado. Su diseño se debe al jurista Hans Kelsen, quien consideraba necesario un guardián de la Constitución frente al poder legislativo y a los posibles abusos del ejecutivo, asegurando el cumplimiento de la referida Carta. Este modelo concentrado es el que finalmente se impone tras la segunda posguerra, con la creación inicial de Tribunales como la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional en Alemania Federal. Otro es el modelo difuso, y justamente en este en donde la distinción entre el juez jurisdiccional y el juez constitucional se hace más difícil. En el caso de Estados Unidos, su modelo difuso tiene la paternidad en el juez Marshall. En este modelo americano, a partir del año 1803, en el caso *Marbury versus Madison*, posterior a la Constitución de Filadelfia, se entiende que los jueces no derogan las leyes, pero pueden inaplicarlas; en caso de duda se aplica la norma constitucional, pero es el Tribunal Supremo quien decide con efectos *erga omnes*. Los tribunales constitucionales del entorno europeo han asumido como función tradicional la defensa de la Constitución. Se trata de una función que se encuentra muy vinculada con la configuración de la democracia. Este aspecto responde al propio diseño kelseniano de confiar la defensa de la norma suprema a un órgano distinto de los Tribunales ordinarios, contando con la potestad de dejar sin efecto las normas-regla (generalmente ley) que contraríen las disposiciones constitucionales. Se precisa que sobre la defensa de la Constitución en el contexto continental europeo, se constituye en referente básico de consulta la famosa polémica de la década de los años veinte y treinta

La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción.²⁵⁵

Os limites à jurisdição são postos quando o poder político se apodera da *potestas* legisladora em matéria processual: quando considera que o tribunal não poder continuar a ditar a prática, que o Estado, assim, deve tomar as decisões sobre a realização do processo.²⁵⁶ O

del siglo pasado entre Hans Kelsen y Carl Schmitt. Adicionalmente, además de la función de defensa, se fue incorporando frente al Tribunal Constitucional otra función fundamental: ser intérpretes supremos de la Constitución; adoptando pautas jurisprudenciales que fijan el derrotero de la propia actuación de las distintas autoridades públicas. (RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 19, 2007, Pp. 1-19. P. 11-14)

²⁵³In tempi di grande attivismo giudiziale è normale che ci si interroghi sulla natura vera della funzione giurisdizionale. Si tratta peraltro, come ci viene ricordato, di una ‘vetusta questione’. La dottrina delle fonti del diritto che abbiamo appresa sui banchi della nostra prima preparazione giuridica ci ha insegnato che la giurisprudenza non è fonte del diritto. E così pure ci indica, con l’autorità dalla quale quella dottrina traeva forza, l’art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, che di quella dottrina era a propria volta il frutto. Del resto, il tanto considerato liberale Codice civile svizzero, che subito al comma dell’art. 1 attribuisce al giudice il potere di decidere <secondo le norme che egli stesso adotterebbe ove fosse investito della potestà legislativa>, ciò prevede solo per il caso di <mancanza di una disposizione di legge applicabile>, per poi precisare all’art. 4 che il giudice decide secondo equità solo quando sia la legge ad autorizzarlo: modello al quale corrisponde grosso modo l’art. 1374 del codice civile italiano, che in materia di contratti prevede l’integrazione secondo equità ad opera del giudice, ma solo in mancanza di legge e di usi. (CASTRONOVO, Carlo. L’aporía tra ius dicere e ius facere. **Juscivile**, 2016, n.º 5, Pp. 421-432. P. 5)

²⁵⁴[...] puede referirse al poder que posee una determinada autoridade (cuando se habla, por ejemplo, del gobernador civil de una provincia) al territorio o demarcación territorial sobre la que se ejerce ese poder (por ejemplo, las aguas jurisdiccionales de un Estado), o a la potestade de enjuiciamiento y decision de determinados conflictos sociales con arreglo a criterios jurídicos (función jurisdiccional). [...] *desde el punto de vista etimológico iurisdicção es la potestade de decir el derecho, y más concretamente, de decir el derecho aplicable a una situación o conducta que rompe la paz jurídica. En otros términos, es la determinación de un criterio jurídico de decisión para un problema que no puede ser resuelto espontaneamente.* [...] De esta vinculación de la *iurisdicção* con el *imperium*, o más generalmente, con la posesión del poder político en un determinado territorio, procede el sentido lato de jurisdicción como capacidad de mandar o de tomar decisiones políticas. *Pero el sentido genuino de jurisdicción es el poder para decidir controversias según criterios jurídicos que sirven de fundamento para la decisión.* (LÓPEZ, Modesto Saavedra. **Jurisdicción**. Em: VALDES, Ernesto Garzon; LAPORTA, Francisco, J. El Derecho y la Justicia. Madrid: Trotta, 1995. P. 221)

²⁵⁵COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. P. 39.

²⁵⁶Si en el Antiguo Régimen el legislador no se creía autorizado para incidir con su potestad reglamentaria en la configuración del ordo iudiciarius, limitando sus normas a aspectos de detalle, sobre todo en lo que se refería a la abreviación de los procesos, la situación va a cambiar radicalmente a finales del siglo XVIII. Con algún antecedente de gran interés, como fue el llamado Code Louis, es decir la Ordonnance civile touchant la reformation de la Justice de 1667 y la Ordonnance criminelle de 1670, las dos de Luis XIV de Francia, el cambio se produce cuando el titular del poder político se apodera de la potestad legisladora en materia procesal, cuando considera que no pueden continuar subsistiendo las prácticas de los tribunales, y que le correspondía tomar las decisiones sobre cómo debían realizarse los procesos. Ese cambio es manifiesto en la Revolución francesa, en la que la ley pasa a ser manifestación de la voluntad general (artículo 60. de la Déclaration des Droits de 1789) y se convierte en la única fuente del derecho, expresión de la plenitud del ordenamiento jurídico. Desde esta posición ideológica, se realizaron y promulgaron los códigos napoleónicos, y en lo que nos importa ahora, el Code de Procédura Civile de 14 de abril de 1806 y el Code d’Instruction Criminelle de 17 de noviembre de 1808, y se afronta su estudio por la escuela de la exégesis. Como reacción, pretende desconocerse la práctica de los tribunales y la jurisprudencia, hasta el extremo de que Robespierre pretendió borrar la palabra jurisprudencia de los diccionarios de la lengua. Síntesis de esta concepción es la célebre frase de Buguet: “yo no conozco el derecho

processo foi compreendido não como um *devenir* fático, mas sim como um *devenir* jurídico, com uma relação jurídica, momento da separação entre o direito processual e material, essa cisão é responsável pela confabular metodologização entre questões de fato e questões de direito.²⁵⁷

civil, yo enseño el Código de Napoleón”, frase que puede referirse a todas las ramas del derecho. La *procédure* era así el conjunto de formas que los ciudadanos debían seguir para obtener justicia y que los tribunales habían de observar para otorgarla (Garsonnet), pero estas formas no eran ya las propias de cada tribunal, las que éste tenía a bien fijar con base en su experiencia y en la doctrina secular, sino que eran siempre las establecidas por la ley. Los procedimientos judiciales eran las formas solemnes con que se proponían y resolvían las pretensiones deducidas ante los tribunales (Lastres), pero esas formas no son ya las impuestas por la práctica, por el estilo de la curia; esas formas son las establecidas por la ley. Ésta describía la forma de los actos procesales y el autor procedimentalista describía, a su vez, cómo la ley describía los actos. Todo se reducía, pues, a descripciones de formas legales y el mejor sistema para ello era, naturalmente, la exégesis. Por ello, en los países en los que se produce la codificación de las normas procesales en el inicio o a mediados del siglo XIX se publican grandes comentarios. Éste es el caso de Francia y las obras de Boncenne, Garsonnet, Bonnier y Carré y Chaveau, por ejemplo, en el proceso civil, y de Daubenton, Helie, Maisonneuve y de Rogroh, también por ejemplo y en el proceso penal. Ocurre lo mismo en Italia con los comentarios al Codice de 1865 obra de Mancini, Pisanelli y Scialoja, de Borsari, de Cuzzi o de Ricci; menos numerosos son los comentarios a los Códigos Procesales Penales, pero aun pueden citarse los de Pescatore y los de Saluto, por ejemplo. En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 fue comentada por Manresa, Miquel y Reus, por Hernández de la Rúa y también básicamente por Vicente Caravantes. El contenido de las obras que no se sometían literalmente al comentario abarcaba la organización judicial, la competencia de los tribunales y el procedimiento. Por ello, en alguna ocasión no se hablaba de procedimientos judiciales, sino de *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, que fue el título de la gran obra de Mattiolo y también el del Corso de Manfredini. En España, como Tratado de derecho judicial tituló Montejo a su no concluida obra. La nueva orientación se manifiesta también en las denominaciones de la asignatura en los planes de estudio de las universidades, que pasa a ser básicamente la de *procédure*, en francés; *procedura*, en italiano, y procedimientos judiciales, en español. No faltan países y momentos en los que a esa denominación básica se une la referencia a la organización judicial. Y, así, en Italia, la materia universitaria se llamaba *Procedura civile e ordinamento giudiziario* y, en España, los manuales universitarios se titulaban *Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales* (que es el título de la obra de Ortiz de Zúñiga que alcanzó más ediciones). (AROCA, Juan Montero. **El Derecho Procesal en el Siglo XX**. 1ª ed. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2000. P. 442-443)

²⁵⁷Aunque parezca una paradoja, la doctrina procesal alemana tuvo la suerte en el siglo XIX de no contar con un código que comentar (por lo menos hasta las Ordenanzas procesales de 1877). Mientras que la codificación napoleónica lanzó a la doctrina francesa tras las huellas de lo consagrado en los códigos: el de procedimiento civil y el de instrucción criminal, y en buena medida lo mismo ocurrió con la italiana, aunque un poco después, la doctrina alemana se vio libre de esta servidumbre y pudo plantearse desde la raíz los problemas teóricos y de fondo. Podría decirse que, si en el siglo XIX los franceses y los italianos explicaban un código ya promulgado, los alemanes se dedicaban a poner las bases científicas para elaborar el suyo. [...] Si el procedimentalismo se había conformado con la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, la doctrina alemana comprendió, a mediados del siglo XIX, que el proceso no era un mero *devenir* fático, sino jurídico; que no era una mera relación fáctica, sino jurídica; que afectaba a las esferas jurídicas de las partes haciendo surgir derechos, modificándolos y extinguiéndolos. De ahí el descubrimiento de Bülow de que el proceso era una relación jurídica de derecho público, que se desarrollaba de modo progresivo entre el tribunal y las partes. Elemento decisivo fue también la discusión en torno a la acción entablada en Windscheid y Muther. De ella resultó que el derecho de acción se independizó del derecho subjetivo material, concebido éste como un derecho, de naturaleza pública, frente al Estado en sus órganos jurisdiccionales, a obtener tutela jurídica. Con estas dos bases principales pudo considerarse el proceso como relación jurídica, en la que el juez será uno de los sujetos, y, además, a la consecuencia de que el proceso es el objeto fundamental del estudio del que por eso se llamó derecho procesal. Quedaron así sentadas las bases del desarrollo posterior, que fue obra de Wach, Wetzell, Plank, Engelman y después, y ya en la primera mitad del siglo XX, de Hellwig, Stein, Kisch, Goldschmidt y tantos otros. En todos ellos el proceso será el concepto clave, y en él centrarán sus exposiciones (*Handbuch* y *Lehrbuch*), llegando a afirmar Wach que de propósito había eliminado de su manual todo lo judicial administrativo y específicamente político, aunque tuvo que incluir la organización de los tribunales, pero sólo en cuanto afectara directamente al proceso, y Goldschmidt se refirió a la organización de los tribunales como “bases de derecho político del proceso”. Siguiendo las huellas del procedimentalismo francés, con el fin del siglo XIX, el italiano había alcanzado su

actuación de la Jurisdicción parte de la prohibición de la autotutela entre los particulares. Prohibida la acción directa, el Estado asume la heterotutela de los derechos subjetivos. En la heterotutela la aplicación del derecho objetivo se realiza por un tercero ajeno a las partes, el cual impone a éstas su decisión. El posible conflicto no se resuelve por obra de las partes, sino por obra del tercero, a cuya decisión quedan aquéllas jurídicamente obligadas. La Jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, y respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la actuación del derecho no pretende trascender a otros fines; *su potestad se reduce a la aplicación de derecho en asuntos de otros*.²⁵⁸ (g.n)

Isso porque a jurisdição no Estado Moderno ganha contornos estruturais positivista²⁵⁹, instituindo o sistema jurídico fechado em uma Ciência Positivista do Direito, limitando assim a atividade jurisdiccional à aplicação da lei.²⁶⁰ A jurisdição ficou restrita²⁶¹ às funções atribuídas ao Juiz no que tange ao *ius dicere*²⁶², resultado do sufocamento da Burguesia quanto aos poderes de controle da Aristocracia Judicial, que restou limitada à mera subsunção da lei. O Estado-Legislador retirou, assim, da jurisdição, o *ius facere*, que por muito tempo

cumbre con Mattiolo y su Trattato, y las nuevas orientaciones encontraron un primer expositor con características propias en Mortara, sobre todo en su Commentario, a caballo entre el XIX y el XX. Fue Chiovenda quien comprendió que el procedimentalismo ya no rendiría más frutos, y que sería necesario buscar por otro lado, lo que en aquel momento sólo podía hacerse en Alemania, y así lo admitió expresamente, reconociendo en Wach a su “segundo formador”. Atendiendo a los Principii de Chiovenda, se advertirá que el concepto es el concepto básico, en torno al que gira todo el sistema, que se definió como el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción, y que su plan para el estudio del derecho procesal partía de los conceptos fundamentales de acción y proceso, estudiando la jurisdicción (con sus derivados: la organización judicial y la competencia) en tanto que presupuesto procesal, esto es, como condición necesaria para que pueda constituirse la relación procesal. Ese derecho procesal constaba de tres partes: la teoría de la acción, la teoría de los presupuestos del proceso y la teoría del procedimiento, con lo que la jurisdicción y los titulares de la misma sólo merecían atención en tanto que presupuesto del proceso, pero no en sí mismos considerados. (AROCA, Juan Montero. **El Derecho Procesal en el Siglo XX**. 1ª ed. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2000. P. 443-446)

²⁵⁸AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. P.52-53.

²⁵⁹O soberano não mais é o representante terreno de Deus; ele passa a ser fonte autônoma e auto-suficiente da lei. A lei, uma vez processada por Kant, não mais está presa a qualquer orden exterior, passando a derivar sua força e origem puramente de sua existência intrínseca. No entanto, a despeito de tudo isso, a lei não assume, ou não pode assumir, dimensões meramente terrenas. Ela continua a portar as características de Deus. Porém, passa a fazê-lo em um mundo profano. (FITZPATRICK, Peter. **A Mitologia na Lei Moderna**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. P. 85)

²⁶⁰En el Estado liberal de derecho la potestade jurisdiccional se concreta en la actividad de administrar justicia de acuerdo con la ley. Se puede decir que el principio del *império de la ley* es el que explica la configuración de la jurisdicción como poder y como actividad en el Estado moderno. Históricamente la función jurisdiccional la detenta el soberano. [...] Un doble proceso de centralización del poder y de restitución de la soberanía al pueblo converge el continente Europeo, tras la revolución francesa, en la reducción del derecho a la ley, que se considera expresión de la voluntad general, y en la sumisión exclusiva de los jueces a la misma. [...] Los jueces, por otro lado no tendrán ningún margen de decisión, sino que se limitarán a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley [...] La justicia, por tanto, se entenderá como una función lógica, y no como poder. (LÓPEZ, Modesto Saavedra. **Jurisdicción**. In: VALDES, Ernesto Garzon; LAPORTA, Francisco, J. **El Derecho y la Justicia**. 1ª ed.. Madrid: Trotta, 1995. P.124)

²⁶¹Apresenta Guastini uma construção muito importante dos sentidos as quais a jurisdição foi delimitada junto ao Estado Moderno. (GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**. Estudios de teoría y meta teoría dei derecho. Barcelona: Gedisa, 1999. P. 236 e segs.)

²⁶²MERCEDES, García Arán. **La Prevencion Judicial**. Madrid: Tecnos, 1990. P. 51.

operou junto ao sistema jurídico Romano, que dava com isso poderes de *auctoritas* ou de império ao Pretor e Magistrado.²⁶³

²⁶³En Roma la jurisdicción fue competencia exclusiva durante siglos de los magistrados y con posterioridad de los jueces. Sólo éstos podían, a través de la vía de un proceso fingido *in iure cessio*, o por medio de un *decretum* por el que se decidía un asunto consensuado por los solicitantes o de obligada intervención del juez, autorizar o colaborar en el nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica. En el lenguaje jurídico romano, con el término *iurisdictio* se indica el poder de que está investido el magistrado, la actividad que éste realiza, e incluso la función para cuyo cumplimiento al magistrado le es atribuido el correspondiente poder. Establecida esta premisa y sentada la afirmación de que la *iurisdictio* romana no se corresponde en todos sus aspectos –en especial hasta la época clásica– con la jurisdicción actual, me parece que se puede iniciar el análisis, partiendo de la genérica definición dada por Luzzato, que se refiere a un concepto que ha sufrido notables variaciones en función de las diversas épocas de desarrollo del Derecho Romano, y de las diversas formas del proceso, conforme a la cual la *iurisdictio* comprendería “el conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los cuales se confió, en Roma, la administración de la justicia civil, y a partir del siglo III d.C. y con ciertos límites, también la criminal”. Dificultad especial presenta la determinación del contenido y el fundamento de la *iurisdictio*. Etimológicamente, el término deriva de *ius dicere*, lo que parece que hace referencia, a primera vista, a la idea de decir, mostrar o indicar por parte del magistrado el Derecho aplicable, pero la misma raíz etimológica constituye la base de los términos *iudex* y *iudicium*, y parece claro que el juez privado del *ordo iudiciorum privatorum* no tenía *iurisdictio*. Por ello, como se ha puesto de relieve por la doctrina, el análisis filológico no nos arroja excesiva luz sobre el problema que nos ocupa. Respecto al fundamento de la *iurisdictio*, especialmente referido al proceso por acciones de la ley, se han mantenido por la doctrina dos hipótesis extremas y diversas opiniones intermedias entre ambas. Lauria excluye toda relación entre *iurisdictio* e *imperium*. Su tesis ha sido agudamente criticada por la doctrina, especialmente por Pugliese y Luzzato, que han puesto de relieve, entre otros aspectos, que la delegación de la *iurisdictio* encuentra su propio fundamento en el *imperium* magistratual, y que la misma terminología de *iudicia imperio continentia* confirma que, en la concepción romana, la *iurisdictio* encontraba su fundamento en el *imperium*. Por el contrario, para Leifer, la *iurisdictio* sería una de tantas manifestaciones del *imperium*, por lo que correspondería a todos los magistrados titulares del mismo. Como objeciones de orden general, la doctrina ha señalado, frente a la opinión de este autor, entre otros argumentos, que existen magistrados desprovistos de *imperium*, y provistos de *iurisdictio*, como los *cuestores*, los *ediles* y los magistrados municipales. La doctrina mayoritaria, a la que me adhiero, acepta las teorías intermedias que, con diversos matices, sostienen De Martino, Pugliese y Luzzato, conforme a las cuales, el término *iurisdictio* hace referencia a un conjunto autónomo de poderes del magistrado, distintos del *imperium*, dado que pueden ser objeto de delegación y conferidos a magistrados privados de *imperium*, pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento. Respecto al contenido, Lauria identifica la *iurisdictio* con el pronunciamiento de los *tria verba legitima*: *do, dico, addico*, a los que se refieren numerosos textos, y ciertamente parece probable la identidad originaria entre *dicere* (*dico*) y *iuris dictio*, en cuanto que *dicere* constituiría la actividad más relevante del magistrado. La tesis de Lauria, que ha tenido algunos seguidores, no ha sido aceptada por la doctrina mayoritaria, que ha señalado, entre otros reparos, que los *tria verba* no son más que una indicación abreviada y ejemplificativa de los formularios solemnes que debían ser pronunciados por el magistrado en el ejercicio de su jurisdicción. Bekker identifica la *iurisdictio* con la simple declaración introductiva del proceso, y De Martino considera que la *iurisdictio* consiste en la indicación a las partes contendientes de la norma aplicable al caso concreto. Por el contrario, en opinión de Gioffredi, la *iurisdictio* no es una simple indicación técnica de la norma aplicable, sino que supone una indicación vinculante del ritual a seguir y de los formularios a pronunciar. En esta línea de investigación abierta por Gioffredi que, a mi juicio, es la que en mayor medida se acerca a la realidad, han expuesto el resultado de sus estudios, con matices diversos, Pugliese, Kaser y Luzzato. A efectos de nuestro trabajo, nos interesa especialmente resaltar que el fundamento de la declaración vinculante en que consistía la *iurisdictio*, no puede ser más que el *imperium*, por lo que serían competentes en materia de *iurisdictio* todos los magistrados provistos de *imperium*²⁴, lo que explicaría, como ha puesto de relieve Luzzato, que la participación de los cónsules en la *in iure cessio* y en otros actos de jurisdicción meramente formal es, precisamente, el residuo de una originaria jurisdicción ejercitada por los magistrados en cuestión. Un punto de partida seguro en la historia de la *iurisdictio* lo constituye la creación de la magistratura del pretor urbano con funciones jurisdiccionales, por las *leges Liciniae Sextiae* del año 367 a. de C. Tradicionalmente se admite que los cónsules habrían perdido, con la creación de la Pretura, la jurisdicción contenciosa, y conservarían la jurisdicción voluntaria, pero este planteamiento, al que me referiré con detenimiento cuando analice las competencias de los cónsules, presupone expresamente o acepta implícitamente la existencia de una categoría unitaria de jurisdicción contenciosa en el siglo IV a. de C., lo que a mi juicio no puede ser mantenido en el estado actual de nuestras fuentes. Lo que sí parece evidente es que no sólo los cónsules, sino también otros magistrados provistos de *imperium*, tendrían competencia para intervenir en la *legis actio*, dado que el magistrado investido de *imperium* por la *lex curiata* podía, en pura

O direito como invenção, tal como ocorria durante o período formativo do antigo direito romano e durante a inteira experiência jurídica medieval,²⁶⁴ restou submetido a duas formas de

teoría, realizar actos de iurisdictio, en cuanto que ésta era una consecuencia o expresión de imperium que le correspondía. Asimismo, la intervención de otros magistrados en manumisiones, adopciones, emancipaciones, etc., se debía, en ocasiones, a una atribución legislativa de competencia a tales magistrados o bien era producto de una delegación de atribuciones realizadas por el titular del poder correspondiente. Otro hito importante en la historia del instituto o categoría que en el texto de Marciano se denomina iurisdictio voluntaria, tiene lugar cuando se produce la supresión del procedimiento de las legis actiones. Gayo, que es nuestra fuente más importante para el estudio de las acciones de la ley, nos dice en un conocido fragmento que las legis actiones se fueron desprestigiando paulatinamente, habiendo llegado el formalismo al extremo de que el mínimo error hacía perder el pleito²⁸ y que su abolición se produjo en virtud de una ley Ebuca y de dos leyes Julia, a partir de las cuales se litigió mediante fórmulas. En el fragmento siguiente, Gayo señala que únicamente se conservan las acciones de la ley en dos casos, el supuesto de daño temido y los juicios ante el Tribunal de los centumviro. No nos interesa, a los efectos de nuestro estudio, entrar en la conocida polémica acerca del papel que la ley Ebuca y las leyes Julias cumplieron la introducción del procedimiento formulario, pero sí conviene resaltar la referencia a los dos supuestos excepcionales aludidos por Gayo, en los que parece claro que existe un conflicto de intereses que se dirimiría mediante legis actiones contenciosas, así como la afirmación contenida en los Fragmenta Vaticana, conforme a la cual “nulla legis actio prodita est de futuro”, porque todo ello contrasta con la mención de la legis actio en textos de la época clásica, en relación con los supuestos que Marciano considera de iurisdictio voluntaria, lo que denota la vigencia de este antiguo procedimiento romano, en la época del proceso formulario. (BUJÁN, Antonio Fernández de. **El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica**. Disponible em: <<http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Docs/Conferencia%20Dr.pdf>>. Acessado em: 23/09/2017)

²⁶⁴Aggiungendo prontamente che il diritto si propone come oggetto di ‘invenzione’ durante tutto il lungo periodo formativo dell’antico diritto romano, durante l’intera esperienza giuridica medievale, e ieri ed oggi nella visione del common law. Cioè in ordinamenti alieni dal concepire il ‘giuridico’ intrinsecamente vincolato al potere politico ed espressione di questo, alieni da una visione autoritaria (perché meramente potestativa) che lo collega a un comando piombante dall’alto sulla società chiamata unicamente all’obbedienza. In ordinamenti così contrassegnati è, invece, chiaro il nesso genetico fra società e diritto, la sua intima storicità e, quindi, il suo carattere di tessuto ordinante di quella, realizzandosi in una articolazione pluralistica che coglie, come protagonisti, accanto al legislatore, i giuristi, coloro che fanno di diritto, che sono esperti di un sapere specifico e anche tecnicissimo, soprattutto gli uomini di dottrina nel vecchio diritto romano e nello ius commune medievale, soprattutto i giudici nella esperienza del common law. Tutti, ovviamente, impegnati in una attività di invenzione. Dove, invece, una siffatta concezione viene nettamente rifiutata è nella modernità giuridica così come si mostra appieno dopo l’inchiodamento voluto e definito nella fase giacobina della rivoluzione francese. La visione, qui meramente potestativa, autoritaria (sia pure formalmente legittimata), del diritto provoca un imperante statalismo, che genera un altrettanto imperante legalismo: il diritto, ritenuto strumento indispensabile per l’efficace esercizio del potere supremo, è e si propone come mera creazione dello Stato. Perché ci sia un ritorno al suo carattere inventivo, occorrerà attendere che la civiltà giuridica borghese e il suo apparato economicamente oligarchico cedano a un pluralismo sociale e politico pieno ed effettivo e che si incrinino quello Stato moderno – cosiddetto di diritto - che essa aveva costruito a suo presidio; il che avverrà nel corso di un secolo, il Novecento, che merita per ciò stesso la qualificazione di pos-moderno: ci si allontana sempre di più dalle certezze, dalle mitologie, dalle dogmatiche abilmente elaborate e fissate nella scia di lontani catechismi illuministici e di più ravvicinate consolidazioni giacobine. In questo complesso itinerario – che è, nel quadro europeo, come dicevamo, sociale, economico, politico e poi anche giuridico – incide in modo rilevante e imprime una caratterizzazione forte il nuovo costituzionalismo democratico inaugurato a Weimar nel 1919 e di cui è espressione fedele la ‘carta’ italiana del 1948. Limitandoci, per quel che serve alla presente lezione, alle vicende di casa nostra, occorre ribadire con decisione che, per la intera storia del diritto in Italia, la Costituzione repubblicana segna un prima e un poi, scavando un fossato di profonda discontinuità. Vale, infatti, la pena di ribadire, soprattutto agli attuali cantori e laudatori del vecchio ‘Stato di diritto’ prefascista, che il nuovo Stato costituzionale inaugurato nel rinnovamento democratico del secondo dopoguerra si propone discontinuo rispetto all’assetto politico-sociale precedente, costruendo su fondamentazioni nuove una essenzialmente diversa struttura politica e un essenzialmente diverso ordinamento giuridico. Il guaio è che la stragrande maggioranza di quei personaggi culturalmente pigri che sono nel pianeta di civil law i giuristi non si è accorta, o non si è voluta accorgere, del germinare di eventi nuovi, ha persistito a cogliere la linea tra passato e presente quasi fosse un continuum, paga soltanto di riallacciare l’oggi al passato prefascista; e la Costituzione assume, di fronte a quegli occhi, quasi la forma di una nuvola galleggiante ben alta, assai distante, sulla esperienza quotidiana. Ciò non solo nei civilisti, compiaciuti di maneggiare un sapere astratto, ma anche in cultori prestigiosi dello stesso diritto pubblico positivo: chi apre il ‘Corso di diritto

racionalidade: precedente e Lei, nos sistemas em que ligado somente ao poder político, estranho a uma visão autoritária. Quanto ao Precedente, esse aderiu-se com o sistema da *common law*, já, quanto ao sistema da *civil law*, este se adere à lei.

A *potestas*, no modelo de *Estado Reativo* – contrário ao Ativo-Responsivo - acerca a atividade jurisdicional ao juiz como boca da Lei e com isso cria limites à criação do direito pela tão somente aplicação da Lei, devendo operar o juiz subsuntivamente.²⁶⁵ Desse cenário resulta uma profunda limitação ao *ius facere* que era, noutrora, atribuído ao juiz em suas funções (direito objetivo)²⁶⁶, e com isso limitou-se o brocardo *iura novit curia*, tirando do juiz a possibilidade de criação do direito. Desse modo, o Poder Legislativo centrou para si a *auctoritas*, legitimado para tal império pela democracia representativa, *adquirindo para si a centralidade política na tomada de decisões*²⁶⁷.

amministrativo' di Guido Zanobini, anche in edizioni assai posteriori al 1948, può leggere la sconcertante ammissione, che suona quasi come un ammonimento per il giovane discente: la carta costituzionale “nel diritto amministrativo ha una importanza soltanto remota”. E dire che la scrive un maestro ammirato della scienza giuridica, tradito probabilmente dal suo atteggiamento fortemente sistematico, che gli faceva mettere a fuoco il diritto positivo in una sua corazza statica, immune dall'inquinamento di valori, interessi, fatti. (GROSSI, Paolo. **La Invenzione del Diritto**: a proposito della funzione dei Giudici. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf>. Acessado em: 12/06/2017)

²⁶⁵De este modo, desaparecidas todas aquellas multiformes autonomías jurisdiccionales que, en la época monárquica, habían dado ocasión a los investidos de ellas de ampliar los propios poderes en detrimento de la autoridad soberana o de mantener celosamente las propias prerrogativas, los jueces fueron todos, sin diferencia alguna entre ellos, funcionarios públicos; y pudieron los reformadores, que veían en los jueces solamente funcionarios instituídos al servicio del interés público, limitar a su arbitrio el campo de actividad de los mismos, y, obedeciendo a las concepciones filosóficas dominantes, desvalorizar la importancia de la función jurisdiccional en provecho de la función legislativa. (CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial biblogáfica Argentina, 1945. P. 42)

²⁶⁶Estas concepciones son posteriores en el tiempo y tienen ya un más amplio campo de visión. Estiman que la jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto. En palabras de Micheli, al Estado le corresponde asegurar la actuación del derecho objetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado; cuando tal actuación tiene lugar a través de la intervención del juez, la ley habla de tutela jurisdiccional de los derechos; la norma a aplicar es para la administración pública la regla que debe ser seguida para que una cierta finalidad sea alcanzada, la misma norma es para el órgano jurisdiccional el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la actividad jurisdiccional se ejercita al solo fin de asegurar el respeto del derecho objetivo. Políticamente esta concepción respondió inicialmente a una idea autoritaria del derecho, que veía en él la voluntad del Estado y en su observancia el respeto a la autoridad; en ella queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surgen en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo (Calamandrei). Ahora bien, no todas las manifestaciones de las teorías objetivas deben ser calificadas de autoritarias; algunas son más bien «sociales», frente al liberalismo-individualista del siglo XIX y pueden englobarse en lo que viene denominándose Estado social de Derecho. Dados los orígenes, no siempre claros desde el punto de vista político, las teorías objetivas deben manejarse con sumo cuidado, pues con ellas se puede caer con facilidad en una concepción autoritaria de la vida social y económica, sobre todo cuando las mismas se unen a lo que se ha venido llamando socialización del proceso, que en realidad es socialización del ejercicio de la función jurisdiccional (AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. P. 44-45)

²⁶⁷Muito claro aqui fica o que determina Arendt e Agamben como o totalitarismo que causa a cegueira deliberada do homem, fazendo dele um escravo de quem detém o poder, esse dimensionamento da democracia representativa como centro de politização determina um totalitarismo sem fundamentos e dimensiona o poder ao Representante que nada representa, tolhe a politização da vida pelo que nela acontece, o que não trata como importante, vem o Legislador e diz ser irracional e então tem de haver penalidade, assim acaba não reconhecendo os fenômenos que

Por outro lado, os cidadãos possuem d'algum modo uma dupla personalidade; uma política, outra social. Têm na ordem jurídica duas maneiras de exprimir a sua vontade: pelos seus votos e pelos seus actos. Contribuindo pelos seus votos para estabelecer leis que são incapazes de realizar pelos seus actos ou criando pela repetição e unanimidade dos seus actos habitos sociaes que não querem inscrever na lei, perpetuam a opposição do direito social e do direito legal. O problema da organização legislativa, é deprimir ou supprimir em a nação o dualismo da sociedade

fazem sentido a existência. (ARENDDT, Hannah. **Entre Passado e Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016; e AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**. O Poder Soberano e a Vida Nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014. P. 89)

política e da sociedade real; o problema da educação jurídica do espírito público é deprimir ou supprimir no indivíduo o dualismo do ser social e do ser político.^{268, 269}

Ocorre que a *auctoritas* muito mais se aproxima do *ius* do que à *lex*. Ao conectar a *auctoritas* com o legislativo é como se admitíssemos que o legislativo, pela lei, conseguisse

²⁶⁸O suffragio universal é um processo muito simples de estatística social; traduz, de maneira rudimentar, mas por algarismos claros e precisos, a transformação das necessidades e o movimento das ideias. Censuram-lhe, com razão, ser ininteligente. A intelligencia, porém, é uma qualidade individual, aliás pouco diffundi-da, não um attributo da conectividade; o merito do suffragio universal, e não pode ter outro, é ser verdadeiro, relativamente verdadeiro, grosseiramente verdadeiro. O suffragio restricto tem um vicio irreme-, diavel, que é recusar existencia politica á immensa maioria d'aquelles que téem existencia social. Era 1878, havia em França um milhar de eleitores por departamento: ricos proprieta rios, grandes negociantes, altos funcionarios; em 1846, tresentos mil censitarios, fornecendo 200:000 votantes, ou seja uma maioria de 100:000 e um votos... Numa palavra, a classe rica fizera da sua preponderancia social um monopolio absoluto na ordem politica; a estatística eleitoral era uma pura mentira, porque a nação real óstava quasi toda fóra do país legal. Recu-sa-se o suffragio politico a todo o ser que não tem na vida social uma parte independente de actividade, criança, mulher casada e sem profissão, muito bem I Mas o illetrado que trabalha é um elemento da sociedade; se o seu voto é esquecido na grande addição em que se pretende distinguir a orientação legislativa, o total é inexacto. Na ordem dos interesses concretos, a opinião d'um operario ou d'um camponês vale a d'um membro do Instituto; completam-se até porque os dois não téem o mesmo ponto de vista e nenhum ponto de vista é para desprezar. Bella missão a de confiar á classe culta o cuidado de representar no concerto politico a classe ignorante e pobre; mas esta não pode ser representada senão por si mesma e a classe rica, em questão de intelligencia, tem sobretudo a dos seus proprios interesses, que identifica com o interesse geral. Assim como o suffragio restricto tem um grande defeito, que é precisamente ser restricto, o suffragio universal tem uma grande virtude, que é ser universal. Ampliar o suffragio universal é portanto augmentar o seu valor «estatístico», que constitue o seu valor essencial. Do facto de que é universal ha de concluir-se que o suffragio politico deve permanecer uniforme? A estatística eleitoral estaria mais perto da realidade se o voto de cada um fosse não só contado, mas tambem pesado. Os theo-ricos e os práticos da politica é que não encontraram ainda, para dosar o merito social, nenhuma balança aproximadamente exacta. Conceder duplo, triplo ou quaduplo voto á instrucção, á riqueza, á idade madura, á profissão, á situação de família, é politicamente amplificar diferenças sociaes que se altenuam perante a força crescente do numero e por conseguinte correr o risco de falsear o suffragio universal, a pretexto de o tornar mais delicado. «Que é uma desigualdade, senão um privilegio da banda de um e uma servidão da banda de outro?», disse o sr. Fouillée. A democracia, que difficilmente se inclina perante as desigualdades naturaes, é impaciente com todo o privilegio legal, com toda a servidão politica, li o sistema do voto plural não resgata pela certeza e pela importancia dos seus resultados uma apparen-cia de iniquidade. A representação dos interesses parece inspirada por um puro espirito scientifico, estranho a toda a ideologia. Mas fazer do suffragio politico um suffragio estrictamente profissional, é em verdade fundir a nação real e a nação lega. Dão-se um ou muitos logares de deputado ao meu sindicato, á minha camara de commercio, á minha universidade; mas eu não sou completamente o homem do meu sindicato, da minha camara de commercio, da minha universidade; sou o homem das minhas ideias, da minha familia, da minha patria; não sou completamente empreiteiro, cambista ou escultor, sou pai, marido, consumidor. O ponto de vista profissional é um ponto de vista unilateral e em verdade seria absurdo tomar por meio de um recrutamento profissional assembleias legislativas que levam a maior parte das suas reuniões a elaborar leis, que não são profissioaes. O sistema da representação dos interesses é uma manifestação d'essa especie particular de ideologia que se pode chamar a ideologia materialista. Como chega uma estatística a ser verdadeira? Á força de ser minuciosa. Um total só tem interesse se se pode analysar a multiplicidade dos elementos de que é a somma. O sistema da representação proporcional responde a esta exigencia; não desloca a maioria em a nação, mas permite à maior variedade possivel de interesses e de opiniões exprimir-se numericamente a cada consulta eleitoral. numa palavra, tende a realizar o fim do suffragio universal, que é tornar visíveis, sem convulsão revolucionaria, as forças latentes da nação, todas as forças, a das minorias como a das maiorias, a das ideias como a dos appetites materiaes. Um parlamento deve ser um microcosmo nacional para que a nação tenha alguma probabilidade de se reconhecer na lei. (CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938. P. 317-322)

²⁶⁹Cada uno de estos tres Poderes debía aparecer separado de los otros dos y con su propio titular. De otro modo, no estando separados estos Poderes, sino unidos en la misma persona o bajo el mismo órgano de autoridad, no podría existir a libertad política de ciudadano. Así ocurre, sobre todo, cuando el Poder Judicial no aparece separado del Poder Legislativo y Ejecutivo: Si se confundiese con el Poder Legislativo, la vida y la libertad de los ciudadanos se hallarian regidas por la arbitrariedad, pues el juez seria legislador. Y si se confundiese con el Poder Ejecutivo, el Juez podría convertirse en opresor. (STAMMELER, R.. **El Juez**. Habana: Cultural S.A., 1941. P. 95)

acompanhar todos os fenômenos da vida apreendendo-os antes de estes acontecerem e ignorando a passagem dos tempos e as novas complexidades.

Com isso, a análise demonstra que tanto a *auctoritas* como o *ius*, no Direito e nos Tribunais, foram perdendo força e assim apregoou-se a função jurisdicional como simples *potestas*, limitada à *lex*.²⁷⁰ A *auctoritas* na atualidade é dimensionada totalmente no legislativo, que delimita a função judicial à aplicação da *lex*.

O Estado Moderno silencia vertiginosamente a sociedade – ignorando as revoluções silenciosas -, pois formula um direito com base em uma Ciência Positiva e demarcada pelo dedutivismo lógico centrado na lei, o qual acaba determinando a atividade jurisdicional a mera *potestas*, uma faculdade atribuída a aplicação da lei, perdendo o Estado-Juiz a *auctoritas* que detinha junto a – legitimação sociopolítica - que era típica do Direito Romano. O Estado-Legislador com a centralidade política nas determinações e na formação do direito, aderidos a *auctoritas* do Estado, acabam por centrar o direito para humanos e para não-humanos, não reconhecendo a esses últimos nenhuma garantia ou figuração de existência, excluindo-os do sistema jurídico²⁷¹.

Porém, arquitetura do Estado Reativo não alcançou os espaços em que a existência avançava. O poder legislativo em momento começa a ruir em suas funções e estruturas por não vir a alcançar o social, desconsiderando questões políticas importantes ao bojo social. Muitas das vezes o Poder Judiciário foi chamado para resolver questões relevantes, mas encontrava-se balizado por um sistema processual arcaico e centrado na vinculação da decisão a aplicação da lei. Com isso o processo detinha-se a um princípio dispositivo, o qual retirava a possibilidade de intervenção judicial, e ainda, centrava-se a aplicação no princípio da congruência, responsável este pela vinculação do que veio ser formulado como mérito a motivação da decisão judicial, excluindo da atividade jurisdicional qualquer forma de discricionariedade ou

²⁷⁰Ver: MAIENE, Henry Summer. **EL Derecho Antiguo**. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2014 e MAIENE, Henry Summer. **Las Instituciones Primitivas**. Madrid: Biblioteca de Jurisprudência, Filosofia e Historia, 1992.

²⁷¹A fusão entre autores como Menger, Latour e Grossi não é sem sentido, primeiro que Menger apresenta em sua obra a figura do direito dos excluídos, que mesmo sem o Estado os mesmos acabavam se adaptando existencialmente, como também corrobora Grossi, e Latour usa-se para finalizar o mundo daquele Estado Reativo, pois existia o mundo dos humanos, estes indivíduos de Direito daqueles não-humanos, os quais o Direito não vinha a alcançar, pois era produto do totalitarismo centrado na *auctoritas* dislexia do Legislador, este queria centrar o poder nos seus interesses e não em seus representados e nem mesmo dos esquecidos dessa massa pobre que não detinha direitos. Ver: LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia Simétrica. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994; LATOUR, Bruno. **Reagregado o Social**. Uma Introdução à Teoria do Ator-Rede. Bauru: Edusc, 2012; LATOUR, Bruno. **A esperança de Pandora**. Bauru, São Paulo, Edusc, 2001; LATOUR, Bruno. **Ciência em Ação**. São Paulo: Editora Unesp, 2000.; GROSSI, Paolo. **Un Diritto senza stato**. In: Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno. N. 25 (1996); MENGER, Anton. **El derecho civil y los pobres**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

arbitrariedade e, ainda, responsabilizado civil e penalmente era o Juiz se ultrapassasse os limites da Lei.

Com exemplo da *auctoritas* formulada junto ao Império Romano, reconfigurar-se-á essa função jurisdicional com sua estrita legitimação aderida a administração da justiça como uma *potestas* partilhada entre as partes, pois esta *potestas* desvincula-se do apego ao Legalismo, pois centra essa democracia em uma democracia representativa, a qual deve ser aderida a uma democracia participativa: os cidadãos ativos participam amplamente na formação e desenvolvimento do Processo. Essa participação se dá em uma colaboração reativa e com isso a *auctoritas* muito se aproxima a experiência jurídica romana pelos contextos e pela proximidade os julgadores tinham com o povo.

Depreende-se da *potestas* jurisdicional delimitada pelo *ius dicere* – aplicar o direito como lei -, necessidade essa dos novos tempos.²⁷² Agora, *auctoritas* e *potestas* se correlacionam devido ao acercamento das transformações do Estado em um modelo de Estado Ativo-Responsivo. O Estado-Juiz há muito deixou de ter figura passiva frente a sociedade devido ao efeito da divisão dos poderes e como fenômeno impulsionador da política no direito o Ativismo Judicial, responsável por concentrar muitas decisões políticas no Poder Judiciário, rompendo com a estrutura de separação de poderes.

A jurisdição, em um primeiro momento, incorpora-se aos debates políticos, agora, com essa atividade legitimada/legitimadora, passam os cidadãos ativos a encontrarem nela a politização de suas vidas, alterando a centralidade política da jurisdição ao processo, e com isso legitimando a função jurisdicional na colaboração reativa de cidadãos ativos: o processo em sua dinamicidade processual busca por meio das tutelas de direito o reconhecimento e emancipação dos fenômenos conflituais como direito.

As dúvidas geradas a este propósito são originadas por uma acepção incerta e obscura da palavra *direito* e, sobretudo, por um modo de pensar segundo o qual o direito não seria senão a Lei.²⁷³ A legislação e a jurisdição são, assim, duas fontes de produção jurídica, podendo-se

²⁷²Con acierto advierte que pese al principio de la separación de poderes y el triste papel asignado al jurisdiccional, pese a! dogma de la supremacía de la ley, «el juez continúa teniendo autoridad, aquella misma *auctoritas* de los romanos que la realidad les ha atribuido por encima de todas las prevenciones doctrinales. Esta autoridad es irreductible a los conceptos administrativos de función y funcionaria, y lo único que ha ocurrido antes y después del liberalismo es que a tal autoridad se le ha añadido una potestad pública análoga a la del funcionario para mejor poder cumplir su cometido. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P. 71)

²⁷³De harmonia com esta maneira de pensar também a mim se me ensinou que a única fonte jurídica é legislação, ou antes, como incorretamente se dizia, a própria lei. Logo que, porém, esta maneira de pensar foi retificada, e se reconhece a existência de direito onde quer que exista um comando jurídico geral ou mesmo particular, e portanto não só onde existia uma norma, mas mesmo onde exista um preceito, a dúvida desapareceu (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P. 138)

falar, nos termos de Carnelutti, em uma terceira forma de produção jurídica descentralizada e domiciliar²⁷⁴.

Longe de ser uma autoridade centrada no Estado a *auctoritas* tem como centro a legitimidade pela imperatividade dos sábios, essa legitimidade é amplamente absorvida pelo social e se aproxima do que se propões com o trabalho junto a dinâmica processual que se volta à função jurisdicional em compreensão hermenêutica. A colaboração reativa centra a *potestas* na governança processual das partes e com isso a *auctoritas* legitima-se pela adaptação existencial. Para que isto ocorra, o processo ressignifica a *potestas* e *auctoritas* fazendo com que ocorra a sua importante fusão²⁷⁵. Ocorre na atualidade uma fusão de horizontes entre *auctoritas*, que é dada pela função jurisdicional, com a administração da justiça (ou função processual), que se dá com a *potestas*, possibilidade pela junção de transformações adquiridas com os modelos de Estado Reativo e Ativo

A *iurisdictio* adere ao *ius dicere – lex - o ius facere – ius*. Com as transformações do Estado que agora afigura um papel altamente relevante no tocante a produção do direito pela experiência de seus juízes e tribunais, a fundamentação da decisão passa a expor as teses jurídicas interpretativamente postas pela hermenêutica filosófica.²⁷⁶ Para que ocorra uma plena legitimação da *auctoritas* junto a função judicial, esta vem acompanhada da legitimação sociopolítica na fundamentação da decisão judicial (*ius facere*), diferente do que é até então posto como processo, cuja decisão judicial necessita – para ser legítima – ser devidamente

²⁷⁴Legislação e jurisdição representam as duas fontes jurídicas em que se resolve a ordem jurídica máxima ou soberana, mas não esgotam o número das fontes. Pelo contrário, é necessário reconhecer que, em regime de soberania, não seria possível produzir toda a imensa quantidade de normas e de preceitos requerida pela economia. Quem observa atentamente os dados, dá bem por que a produção jurídica não está toda concentrada nas oficinas legislativas e judiciária do Estado. Ao lado desta, existe uma produção descentralizada que se vai distendendo numa fina rede de outras oficinas, progressivamente menos importantes e mais numerosas, até se chegar a uma verdadeira forma que ousarei chamar produção no domicílio. Contrapoe-se aqui, nesta matéria, ao conceito de soberania o conceito de autonomia jurídica. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P. 134)

²⁷⁵La ley real y los tribunales reales han estado en lucha constante con la ley local y los tribunales locales, y la victoria de la ley real ha tenido por resultado la larga serie de actas del Parlamento, fundadas en estos principios. Preciso es ver en esta transformación progresiva la energía de la legislación, energía siempre creciente, hasta conseguir que desapareciera por completo el antiguo y complejo derecho del país y que degeneren en costumbres de serioríos ó en simples usos desprovistos de sanción legal las viejas costumbres de las comunidades independientes. (MAIENE, Henry Summer. **Las Instituciones Primitivas**. Madrid: Biblioteca de Jurisprudência, 1992. P. 348)

²⁷⁶[...]a legislação não é a única função do Estado puramente jurídica, ou, em outros termos, não é o único modo pelo qual a ordem soberana produz direito. Toda a gente sabe que ao lado do Estado legislador existe o Estado juiz. E possível que, na história ou na pré-história do direito, o juiz tenha precedido o legislador. Ao Estado juiz corresponde a função jurisdicional. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P.135)

motivada, limitando à função jurisdicional ao controle de constitucionalidade sobre a validade ou não de uma lei.²⁷⁷

A fundamentação ganha importante espaço em detrimento da motivação no ora trabalho, que busca reestruturar a jurisdição pelo processo. A motivação apregoa-se à qualificação jurídica simples, que é toada como o objeto do processo em uma forma rígida, cartesiana, levando o juiz à mera subsunção do fato ao direito como lei. Importante, na atualidade, aderir a fundamentação judicial, que tem como espaço episcopal o objeto do debate processual.

É com o modelo de Estado Ativo-Responsivo que ganham forma essas duas características apregoadas ao poder jurisdicional, que acabam tendo uma mescla e uma influência na conformação da outra, pois a dinâmica processual possibilita a fusão de ambas em complementariedade. A fusão da *potestas* (administração da justiça) com a *auctoritas* (função jurisdicional) legitimam ambas uma decisão criadora de direito, responsável por ampliar as *potestades* processuais com os debates produzidos pelas partes. São os cidadãos que, no uso de uma democracia participativa, refletem a evidenciação de casos-problemas fenomenológicos conflituais “*Si una posesión no reconocida de saber carece de autoridad, un poder no reconocido carece asimismo de potestas.*”^{278,279}

²⁷⁷Motivo por el cual, un vez arribado el juez a una conclusión, debe articularla razonadamente, con lo que en realidad verifica un eficaz autocontrol de su propia resolución, no siendo raros los casos en que al redactar la entenda el juez ha modificado la conclusión a que había legado con anterioridad por descubrir facetas nuevas del asunto que hasta entonces le habían permanecido ocultas. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P. 72 e 73)

²⁷⁸El profesor d'Ors advierte que, con gran frecuencia, la autoridad de un individuo sólo llega a ser reconocida después de su muerte; lo cual ocurre de vez en cuando respecto a adelantos realizados en las ciencias y siempre en el caso de doctores sin empleo pero con aspiraciones. La propia sociedad debe confirmar la autoridad reconociéndola públicamente. Afinando su idea, d'Ors distingue a veces el mero saber de la autoridad, restringiendo la segunda noción a la verdad, al conocimiento, elevado por la sociedad ante sí misma; Se encuentra entre sus modelos el Senado romano durante el pleno apogeo de la República. Privado de potestad, el Senado era consultado por los instrumentos del poder político en cuanto a qué debe hacerse, cuál es la verdad (con más frecuencia práctica que especulativa) respecto a una u otra posibilidad de acción. Ante un tribunal, el testigo, *testis*, tiene una autoridad sobre los hechos en un litigio admitido por eltribunal. Con la edad, el conocimiento asume con frecuencia el carácter de sabiduría y la sociedad suele reconocer la autoridad del prudente: *auctoritas prudentiurn*. (WILHELMSSEN, Frederick D. La Filosofía Política de Álvaro D'ors. **Revista de Historia del Derecho Europeo**, n.º 4, 1992, Instituto de Derecho Común, Murcia, Universidad de Murcia, Pp.147-189. P. 161-162)

²⁷⁹Auctoritas como o pretigio reconocido. Potestas como la fuerza social. Finalmente, el menciono autor Samper califica la relacion entre los dos conceptos aludidos como una relacion de carácter dialogal o coloquial, relacion que implica que el que tiene poder pregunta y el que tiene saber responde, gozando em ambos caos del rasgo del reconocimiento social. Viene a ser la posicion del Professor D'ors la que distingue claramente los conceptos de potestas y auctoritas em la res publica romana, a pesar de que, em la etapa imperial, según indica el autor acaban confundiéndose ambas nociones. D'ors estima, de um lado, que la potestas puede definirse como ep poder socialmente reconocido y que la auctoritas es el saber socialmente reconocido. De outro lado, el autor asi mismo pone de manifiesto ambas nociones comparten um elemento común: el reconocimiento social. Luego, como podemos observar, D'ors, com su teoria, aleja de forma patente el concepto de auctoritas de la esfera de la potestas y, por ende, del ámbito del poder. (FERNÁNDEZ, Ana Isabel Clemente. **La Auctoritas Romana**. Madrid: Depalma, 1970. P. 73-74)

En sus *Ensayos de teoría política*, d'Ors concluye un largo estudio sobre la legitimidad con una advertencia: no confundir legitimidad con autoridad. Las autoridades no son legítimas ni ilegítimas. Los adjetivos corresponden a los poderes. Tendemos a confundir el concepto de autoridad con el de potestad por varias razones. La dificultad para verter la palabra latina *auctoritas* en una palabra griega comparable y la ausencia en griego de cualquier palabra que corresponda exactamente a la romana *auctoritas* oscureció los conceptos y tendió a convertir lo auténtico, *authenticum*, en el sentido de una autoridad superior. Ello degenera en aceppr como una autoridad cualquier poder superiorz. De ahí que quien era un poder delegado tendiera a considerarlo como proveniente de una autoridad superior. Así, el policía se refiere a su autoridad como algo que le ha sido delegado. Gusta d'Ors de recordar al crítico literario que reventó un teatro de Madrid, perturbando la sala entera, gritando que la pieza era un desastre. Cuando abordado por la policía insistiendo que era la autoridad pública y no podía permitir esta perturbación del orden, el crítico insistía ¡que no!, él era la autoridad en materia de teatro, estaba en lo cierto! ¡El era la autoridad! La policía erraba: ellos no tenían autoridad, pero tenían potestad para hacer cumplir el orden y, por lo tanto, para expulsarlo del teatro.²⁸⁰

A epistemologia constitucional e a democratização da democracia acabam a limitar a função jurisdiccional - *auctoritas* - com as possibilidades acertadas com a administração da justiça - *potestas* - que tem base na colaboração reativa, que é uma das novas manifestações para a construção de um novo direito amplamente permeado pela democracia participativa na construção que encontra vazão no Processo, causando uma ruptura de aceitação da democracia representativa quanto ao âmbito político de produção do direito.²⁸¹

²⁸⁰WILHELMSEN, Frederick D. La Filosofía Política de Álvaro D'ors. *Revista de Historia del Derecho Europeo*, n.º 4, 1992, Instituto de Derecho Común, Murcia, Universidad de Murcia, Pp.147-189. P. 159-160.

²⁸¹Suprime al hombre y a Dios de la escena y -aunque la hipótesis sea obviamente imposible- sólo quedaría el ser. No existiría la verdad ni ninguna autoridad. Añade al hombre y tenemos la verdad proposicional *sobre* el ser, la realidad, y la posibilidad de autoridad. Añade Dios y tenemos la Verdad Divina y la Verdad del Ser: la autoridad verificada en su origen. Si la potestad y la autoridad son temas consustanciales con la teoría política, en ese caso la teoría política es completada por la teología política. Toda autoridad, por tanto, arraiga en la autoría de Dios, pero también toda potestad. No podemos prescindir del concepto de una teología política porque incluso la negación de Dios implica de algún modo un reconocimiento deteriorado de su existencia. La cuestión resulta muy clara cuando inquirimos por qué un individuo debe obedecer a otro. En última instancia, la delegación implícita en toda potestad ha de terminar ya en Dios como potestad suprema y primera, ya en algún individuo que asume ese papel y, de ese modo, se diviniza a sí mismo y a su potestad. La potestad es siempre delegada. Esto último es parte integral de la proposición orsiana y el reconocimiento de una potestad delegada implica el reconocimiento de la causalidad. El único modo para evitar la atribución de todo poder a Dios es suprimir el concepto de causa, dice d'Ors. Pero la misma noción de causa está tan profundamente arraigada en el hombre que suprimirla sería una arbitrariedad. Incluso Hume estaría de acuerdo con esta proposición. Si bien toda la teología política reciente insiste en la imposibilidad de prescindir del sustrato religioso que sirve de apoyo a todo orden político, esta teorización tiende a disolverse en lo que d'Ors denomina metáfora, algún tipo de reconocimiento impreciso de una divinidad indefinida que flota detrás de toda forma de organización política. Lo cual carece de la concreción existencial necesaria para basar sólidamente el poder político sobre un genuino cimiento natural. Lo que se requiere es una base verdaderamente teológica y dogmática y, por eso, existencial: el Reino de Cristo como encarnación efectiva e histórica del Reino de Dios en la tierra. Cristo, al ser Rey, es el poder originario de todos los demás poderes que son delegados por Él. Todas las demás llamadas soberanías -sean autocráticas o constitucionales, oligarquicas o democráticas, incluso monárquicas- son potestades delegadas. Estas potestades son llamadas a obedecerle a Él y a su Ley pues su potestad les ha sido otorgada5s. El realismo del profesor drs, subrayado antes, no podría ser más poderoso. Nunca ha habido un orden político que no estuviera anclado en alguna divinidad. Esto puede ofender a los laicistas pero la verdad histórica es imponente. La autoridad última, dondequiera que podamos encontrarla, reside en algún principio divino, incluso en un principio divino falso, que convalida todo lo demás. En un colofón irónico y un tanto peculiar que cierra su última obra, *La violencia y el orden* aconseja d'Ors a los bibliotecarios perplejos que cataloguen su libro bajo la rúbrica de «Teología política». Después de todo él ha sido

Pode-se afirmar, pelo exposto, que a Jurisdição é e deve ser a *auctoritas* de julgar, de criar o direito²⁸², “...*la jurisdicción es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y en una posición imparcial.*”²⁸³ A Jurisdição procura garantir a tutela das normas (princípios e regras), essa tutela é dimensionada como um direito subjetivo manifestado pelas situações jurídicas subjetivas ou pelo direito subjetivo como lei, redimensionados pela dinâmica processual. Essa formação do processo serve de ampliador de horizontes, podendo com isso perpassar os limites dos direitos subjetivos para que via norma individual²⁸⁴ se estabeleça o direito pela decisão, ou seja, o direito objetivo processual.²⁸⁵

durante muchos años el bibliotecario de la Universidad de Navarra. Es posible que la crítica final -pero ciertamente sólo final- de nuestro autor sobre la democracia liberal es la imposibilidad de armonizar la soberanía nacional, estatista, con la doctrina católica de la Soberanía de Cristo Reyw. Cuando la voluntad del pueblo es divinizada, Dios es destronado. La historia del hombre occidental moderno podría ser escrita a la luz de esta proposición. La negación de la autoridad del Dios cristiano -y no hay otro- implica siempre investir a cualquier autoridad secular que emerja como última con una especie de divinidad falsa o cuasi divinidad, tal como la autoridad del *ethos* democrático que no puede ser atacada en círculos respetables y que asume, por ello, el aura de lo santo. Pero sólo Dios es Santo del que proviene toda santidad. En el trasfondo de Álvaro d'Ors, el jurista y el intelectual esmerado, el académico quintaesencial, pervive el joven que tomó las armas por la causa de Cristo Rey, un requeté de la tradición española que dijo no con otros miles cuando España estaba encenagada por el odio y la violencia comunistas. (WILHELMSEN, Frederick D. La Filosofía Política de Álvaro D'ors. **Revista de Historia del Derecho Europeo**, n.º 4, 1992, Instituto de Derecho Común, Murcia, Universidad de Murcia, Pp.147-189. P. 187-188)

²⁸²Diferencia-se da concepção tradicional de jurisdição, tida como a *potestad* de julgarn(Ressalta-se que a ideia de *potestas* do supramencionado autor coaduna com a ideia de ressignificação da *potestas* trazida ao presente trabalho): La jurisdicción es, efetivamente, el *poder o la potestad de juzgar*. Juzgar es realizar un juicio de valor sobre algo, en este caso un juicio ordinario, lo que quiere decir que el valor que sirve de criterio para el juicio es el derecho. Ejercer la potestad jurisdiccional es contemplar bajo el prisma del derecho un determinado comportamiento, pretensión o situación de la vida. (LÓPEZ, Modesto Saavedra. **Jurisdicción**. In: VALDES, Ernesto Garzon; LAPORTA, Francisco, J. El Derecho y la Justicia. Madrid: Trotta, 1995. P.123)

²⁸³FIX-ZAMUDIO, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. **Ius et Veritas**, n.º 8, 1994, Pp.89-108. P 96-97.

²⁸⁴Ahora bien, incurriríamos en una visión errónea , si nos dejáramos llevar por la metáfora geométrica de pensar en una forma o en un molde dentro del cual se vierte el contenido de la conducta. No es eso. Se trata de otra cosa. La norma general, al proyectarse sobre una conducta singular, para por el progreso de ser individualizada, de ser concretada respecto de ese comportamiento singular, de ser interpretada en cuanto al sentido y al alcance que deba tener para ese caso singular. El resultado de ese proceso es lo que constituye el revivier actual de la norma, el cumplimiento de una norma general en cada caso particular. Por lo tanto, el cumplimiento de una norma general en cada caso particular no consiste en un reproducir la norma general, sino en un adaptar la pauta general por ella señalada a cada caso singular; consiste en cumplir de modo concreto en la conducta singular el sentido formulado en términos genéricos y abstractos por la norma general. (SICHES, Luis Recásens. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. Segunda Edición. México:Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 140-141)

²⁸⁵L'attività giurisdizionale civile serve dunque (lasciando per il momento da parte il più complesso discorso che concerne gli interessi, per il quale v. oltre, § 32) alla tutela dei diritti. [...] All'attività giurisdizionale nel suo complesso e con riguardo al suo scopo globale; una norma che è opportunamente collocata non già nel codice di procedura civile (ove l'attività giurisdizionale è disciplinata analiticamente), ma nel codice civile, nel quale i diritti sono configurati ed enunciati e nel quale l'attività giurisdizionale viene in rilievo solo sotto un profilo sintetico: quello dell'assicurare ai diritti la caratteristica per la quale possono dirsi diritti, ossia precisamente la loro tutelabilità. Dice, infatti, l'art. 2907 c.c. – rubricato per l'appunto sotto il titolo «attività giurisdizionale» – che «alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria ordinaria». Dal che si desume, con assoluta chiarezza, che il risultato, o funzione globale, che, nella ratio della legge, ispira l'attività giurisdizionale,

considerata globalmente, è la tutela dei diritti; che cioè l'attività di cui trattasi è un'attività di tutela che in tanto è giurisdizionale in quanto ha per oggetto i diritti. E non – si noti – una particolare categoria di diritti, ma i diritti (naturalmente, diritti soggettivi) in genere; o, se si vuole, i diritti civili, col quale ultimo attributo in realtà non si fa che indicare la categoria generale dei diritti soggettivi; il che offre l'occasione di precisare ulteriormente che l'attributo «civile», col quale indichiamo l'attività giurisdizionale in argomento, non ha in realtà altro significato che quello di escludere alcuni settori specifici dell'attività giurisdizionale, ossia quello penale e quello amministrativo. Che cosa vuol dire, precisamente, tutela dei diritti? Tutela, nel linguaggio comune, significa protezione, nel senso di reazione ad un pericolo o ad un attacco. E poiché in generale il tipo di tutela o protezione deve determinarsi in relazione al tipo di pericolo o attacco, è chiaro che i caratteri della tutela dei diritti si determinano in relazione ai caratteri di ciò che può compromettere o pregiudicare i diritti in quanto è loro proprio. Se allora si tiene presente che ciò che è proprio dei diritti è – attraverso quella valutazione di cui si parlava nel paragrafo precedente – l'imposizione o il divieto o la permissione di determinati comportamenti, ne risulta che ciò che compromette o pregiudica i diritti consiste nel non fare ciò che si doveva fare o nel fare ciò che non si poteva o doveva fare; in altri termini, in quel fenomeno che si chiama lesione o violazione del diritto. Da tutto ciò emerge chiaramente che la tutela giurisdizionale dei diritti consiste, almeno in linea di massima, in una reazione alla loro violazione; reazione nel senso di impedirla o di eliminarne gli effetti nei limiti del possibile. Si vengono così illuminando le due caratteristiche fondamentali dell'attività giurisdizionale: la sua strumentalità e la sua sostitutività. L'attività giurisdizionale è strumentale rispetto ai diritti che vuol tutelare, poiché costituisce appunto lo strumento per la loro attuazione, nell'ipotesi che tale attuazione non si verifichi spontaneamente. E poiché i diritti da attuare costituiscono la materia o sostanza dell'attività giurisdizionale, mentre, d'altra parte, l'attività giurisdizionale è, come si è veduto, descritta e disciplinata da norme giuridiche che, nel loro complesso, costituiscono un sistema, si delinea la contrapposizione tra diritto (o sistema di norme) materiale o sostanziale e diritto (o sistema di norme) strumentale o formale, cioè processuale. Questi due sistemi di norme sono strettamente coordinati tra loro. Le norme sostanziali disciplinano direttamente – ossia in via primaria – determinati comportamenti umani che il legislatore ha considerato idonei a soddisfare determinati interessi e precisamente quegli interessi che, a seguito di una valutazione di politica legislativa, ha ritenuto meritevoli di protezione. In altri termini, dettando le norme sostanziali, il legislatore, nel momento in cui ha valutato determinati comportamenti umani (assunti, naturalmente, in via astratta, ossia come ipotesi astratta di comportamento o fattispecie astratta) con i criteri della doverosità, della liceità o illiceità, e dell'attitudine a produrre conseguenze giuridiche, ha configurato i diritti soggettivi sostanziali, i quali già implicano una prima tutela di determinati interessi, cioè la tutela semplicemente giuridica. Ma se questa tutela primaria non si rivela sufficiente, se cioè la norma sostanziale viene violata ed il diritto soggettivo sostanziale viene leso, ecco che l'ordinamento ricorre allo strumento del processo, ossia ricorre alle norme strumentali o processuali, o formali, che, disciplinando (ancora nei modi veduti) l'attività di determinati soggetti (i c.d. soggetti del processo), e cioè disciplinando l'attività giurisdizionale strumentale, apprestano i mezzi per l'attuazione della tutela secondaria o tutela, appunto, giurisdizionale. Questo carattere secondario della tutela giurisdizionale, rispetto alla tutela primaria o sostanziale, sta già in relazione con l'altra caratteristica propria dell'attività giurisdizionale, ossia la sua natura sostitutiva: vale a dire la caratteristica per cui, svolgendo l'attività giurisdizionale, quei soggetti del processo che vedremo chiamarsi organi giurisdizionali, si sostituiscono a coloro che avrebbero dovuto tenere il comportamento previsto dalle norme sostanziali in via primaria, per attuare in via secondaria quella medesima protezione di interessi che stava alla base in via primaria della norma sostanziale. In questo modo il diritto processuale, quale disciplina (attraverso valutazioni di comportamenti) dell'attività (giurisdizionale) dei soggetti del processo, realizza indirettamente ed in via sostitutiva quella medesima protezione di interessi che sta alla base del diritto sostanziale. Questa «sostituzione» non è imposta dalla logica né dalla natura delle cose, ma piuttosto da quel postulato fondamentale di ogni forma di vita socialmente organizzata che va sotto il nome di divieto dell'autotutela o dell'autodifesa. In sostanza, l'ordinamento giuridico, nel momento in cui vieta al singolo di farsi giustizia da solo (eccezion fatta soltanto per taluni casi particolarissimi, come la legittima difesa, lo stato di necessità, ecc.), gli offre una protezione sostitutiva, che è precisamente la tutela giurisdizionale. In conclusione, i rilievi compiuti autorizzano a definire l'attività giurisdizionale, sotto il profilo funzionale, come attuazione, in via normalmente secondaria e sostitutiva, dei diritti sostanziali. E diciamo «normalmente» poiché – come vedremo tra poco (al § 3) – vi sono dei casi in cui l'attività giurisdizionale è prevista più o meno indipendentemente dalla lesione di norme primarie, il che naturalmente attenua, fino ad eliminare del tutto, l'elemento della sostitutività e della secondarietà. Questa definizione funzionale della giurisdizione non diverge gran che da altre definizioni proposte da autorevoli giuristi. Così, ad es., la famosa definizione del Redenti che considera la giurisdizione come «attuazione delle sanzioni» esprime in definitiva i medesimi concetti, solo che si tenga presente che per «sanzione» si intende quello che qualcuno chiama il «precetto secondario» contenuto nelle norme sostanziali, ossia quel meccanismo di reazione che l'ordinamento giuridico mette in moto non appena si verifica il fenomeno della violazione del precetto primario. Così la non meno famosa definizione del Carnelutti che vede nella giurisdizione l'attività di «composizione delle liti». Se si tiene presente che la «lite» nel senso tecnico carneluttiano non è altro che la

A dinâmica processual possibilita a decisão posta pela compreensão hermenêutica do fenômeno conflitológico de interesses, para assim justificar-se na fundamentação da decisão. É com a administração da justiça, ou seja, com a *potestas*, que ocorre um amplo jogo dialético-dialogal processual para o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses, passando esse operar da colaboração reativa a formação e desenvolvimento do processo em seus objetos (mérito e lide). O objeto processual, tanto o formal quanto o substancial, poderão ser ampliados pelo desenvolvimento do objeto do debate processual, acostado ele no jogo dialético-dialogal processual assegurado pelos princípios do dispositivo e do contraditório constitucionalizados^{286, 287}.

posizione di contrasto che due o più soggetti assumono rispetto ad un diritto, appare evidente che tale posizione di contrasto in tanto sussiste in quanto si postula da uno o più di quei soggetti la lesione di una norma sostanziale ad opera degli altri: se così non fosse, la norma sostanziale basterebbe da sola a comporre quei conflitti di interessi che appunto le norme giuridiche sostanziali tendono a comporre. Il fenomeno, dunque, è sempre lo stesso, con la sola differenza che questa definizione mette in risalto, insieme con la posizione dell'organo giurisdizionale che presta la tutela, anche quella dei soggetti che rispettivamente la chiedono e la subiscono senza dimenticare che alla composizione della lite si può pervenire anche attraverso la via alternativa della conciliazione. Una posizione a parte spetta, invece, alla visione sattiviana della giurisdizione come «concretamento dell'ordinamento», che pone l'accento sul momento in cui la postulazione della tutela supera ogni contrapposizione tra l'ordinamento statico e il suo attuarsi. Si è, infine, autorevolmente negato alla radice la stessa possibilità di definire la giurisdizione sotto il profilo funzionale, in quanto questo profilo non sarebbe giuridico, ma meramente sociologico; così come non sarebbe giuridica la stessa nozione di sanzione. Secondo l'Allorio, infatti, la giurisdizione non potrebbe essere definita che con riguardo al tipo di effetti che produce, e perciò con riguardo alla sua caratteristica strutturale, che, come stiamo per vedere (al § 4), è imperniata sull'attitudine a dar luogo ad un accertamento incontrovertibile. Lo stesso diritto sostanziale (i diritti soggettivi e gli status) non potrebbe avere altro rilievo che come oggetto predeterminato dell'accertamento giudiziale che perciò starebbe al centro dell'intero ed unitario fenomeno giuridico. Le profonde intuizioni contenute in questa impostazione – alla quale la moderna dottrina processualistica deve un possente stimolo a cercare il proprium del fenomeno giuridico nel suo aspetto strutturale – non autorizzano tuttavia a dimenticare che anche l'aspetto funzionale, già significativo sotto il profilo descrittivo, è recepito in molte norme – come ad es. l'art. 2907 c.c. sopra analizzato – sul cui fondamento diviene corretta, anche in termini giuridici, una definizione della giurisdizione anche sotto il profilo funzionale, purché coordinata con la nozione strutturale. (MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di Diritto Processuale Civile**. Milão: Giappichelli, 2017. P. 4-9)

²⁸⁶RIBEIRO, Darci Guimarães. La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, v. 40, p. 101-120, 2014.

²⁸⁷A natureza dialógica da Política propõe o problema da verdade factual, que informa a estrutura deste diálogo. Com efeito, se a Política se situa no campo da opinião, o problema da verdade factual – que é a verdade da Política, uma vez que as outras verdades são monológicas – se resume na circunstância que, sendo verdade, ela não pode ser modificada, mas a sua maneira de asserção é a da opinião. Toda a sequência de fatos poderia ter sido diferente porque o campo do possível é sempre maior que o campo do real. A verdade factual não é evidente nem necessária, e o que lhe atribui a natureza de verdade efetiva é que os fatos ocorreram de uma determinada maneira e não de outra. Destarte, o problema da verdade factual é que o seu oposto pode ser não apenas o erro mas também a mentira. Ora, a mentira, nos sistemas políticos tradicionais, era limitada porque, sendo limitada a participação política, ela não implicava normalmente em auto ilusão – os que a manipulavam sabiam distinguir a verdade da mentira. Este tipo de manipulação, que implicou na reabertura do campo de possibilidade para o passado, impede que a História desempenhe a sua função, pois o repertório de opções é o campo do futuro e o papel da História é registrar os feitos e acontecimentos decorrentes da política, a partir dos quais se entreabre a estabilidade do possível agir futuro. Esta situação gera o ceticismo, pois a persuasão e a violência podem destruir a verdade factual, mas não a substituem, porque os seus fluxos carregam uma instabilidade permanente. Daí a importância de alguns mecanismos de defesa da verdade factual, criados pelas sociedades modernas, fora do seu sistema político, mas indispensáveis para a sua sobrevivência, como a universidade autônoma e o judiciário independente. (ARENDETT, Hannah. **Entre Passado e Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016. P. 20-21)

Os princípios processuais dispositivo e contraditório, constitucionalizados, em um modelo de Estado Ativo-Responsivo²⁸⁸, são dimensionados na sua função ao desvelamento dos fenômenos conflituais, fazendo com que a dinâmica processual seja realizada, oportunizando com isso uma gênese privilegiada do direito, com base no fenômeno. A dinâmica processual implementada com a disputa das partes – princípio adversarial –, basilada na ressignificação do princípio dispositivo e do princípio do contraditório acaba por permitir que os cidadãos ativos sejam soberanos no que toca aos seus interesses.²⁸⁹

a) Notio. Es el derecho de conocer determinado asunto. **b) Vocatio.** En virtud de esta facultad, el juez puede obligar a las partes a comparecer al juicio, bajo la sanción de

²⁸⁸En 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 al derecho substantivo tan fielmente como una sombra. Y en la medida en que el propio derecho substantivo siga fielmente una política de Estado; el derecho procesal es doblemente instrumental, o doblemente derivativo: como el arte en la visión de Plotino, puede compararse con la sombra de una sombra. (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado.** Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago del Chile: Editorial Jurídica del Chile, 2006. P. 255-256)

²⁸⁹Sólo el significado básico de la oposición permanece razonablemente cierto. El modelo procesal adversarial surge a partir de una *contienda o disputa*: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto. El modo no-adversarial está estructurado como investigación oficial. Bajo el primer sistema los dos adversarios se hacen cargo de la acción judicial, bajo el segundo, la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de *administrar justicia*. (...) Como he señalado, el Estado reactivo, poco dispuesto a abrazar cualquier filosofía de las condiciones óptimas de vida, permite que los individuos sean soberanos en el manejo de sus propios asuntos. Transportada a la *administración de justicia*, esta soberanía precisa que una parte sea reconocida como maestra del litigio (*dominus litis*), y esté autorizada para conducirlo a su gusto, en muchos casos eligiendo incluso la forma del proceso. Para los funcionarios que presiden es difícil determinar si llevan su caso bien o mal. Un Estado que no reconoce *in de: x veri* está mal equipado para proclamar que determinada acción de un litigante es perjudicial para sus intereses. Qué hacer si una persona maneja mal un caso es por tanto una pregunta que no aparece con la frecuencia o intensidad con que debería surgir en un Estado activo. Supongamos, no obstante, que un funcionario de un Estado reactivo está convencido de que un litigante no es competente para llevar a cabo su propio interés. ¿Debe comprometerse el funcionario en alguna acción correctiva que proteja a la parte de su propia necesidad o ineptitud? Incluso en este caso el precio de la acción correctiva puede ser muy elevado: la ideología reactiva es cautelosa al permitir cualquier movimiento que pueda llevar a que la burocracia se incline por un "paternalismo coercitivo". De hecho, en el Estado reactivo la autonomía se toma con tanta seriedad que está protegida incluso en aquellos casos en que el ejercicio de la autonomía por las partes altera significativamente el funcionamiento óptimo del proceso judicial diseñado como competición. Una ilustración pertinente es el derecho del ciudadano a representarse a sí mismo, un producto claro de la autodeterminación individual. En los casos en que un litigante *pro se* que carezca de conocimientos legales insista en manejar personalmente su caso, la competición en el juzgado se ve seriamente sesgada e incluso los funcionarios de los regímenes más rígidamente pasivos encuentran difícil de tragar algunas de las consecuencias de un litigio tan desequilibrado. Por ejemplo, que un ciudadano inocente pueda elegir libremente ir a la horca es una proposición intolerable, incluso para este tipo de Estado; pero esto podría ser exactamente el resultado de una defensa inepta contra cargos criminales. A pesar de la gravedad de las consecuencias, es posible que se imponga el derecho de las partes a autorrepresentarse: forzar a un acusado a tener un defensor, sin que lo desee, va contra los cimientos de la ideología reactiva (valores no instrumentales) (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado.** Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago del Chile: Editorial Jurídica del Chile, 2006. P. 181-183)

la rebeldía o del abandono. **c) Coertio.** El juez puede emplear la fuerza para cumplir sus resoluciones, sobre las personas (apremiar) o sobre las cosas (embargos, anotaciones, etc.). **d) Judicium.** Es la facultad que tiene el juez o tribunal de dictar sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada. **e) Executio.** Es la facultad que tiene el juez o tribunal de ejecutar la resolución judicial con el auxilio de la fuerza pública.²⁹⁰ (g.n)

O Estado-Juiz possui três faculdades abarcadas pela dinâmica processual: dialética, diálogo e compreensão hermenêutica para a composição da adaptação existencial. Elas se interpolam sob essa fusão entre função jurisdicional e administração da justiça²⁹¹: a função é sempre compreender hermeneuticamente o fenômeno conflitual, não podendo, para isso, perder de vista a administração da justiça (colaboração reativa, a gestão processual é uma gestão política na atualidade). Portanto, a função jurisdicional como *auctoritas*, do ponto de vista existencial, ou seja, como atividade exercida pelo Estado via compreensão hermenêutica, deve levar em conta o ser, gerador de contextos fenomênicos distintos do texto normativo. Deve alcançar o Poder Judiciário em sua decisão a adaptação existencial, voltando-se ao interesse geral da sociedade o interesse dos particulares, seno este o entorno da decisão fundamentada.²⁹²

A compreensão hermenêutica estabelecida com a função jurisdicional supera a rígida lógica do juiz como aplicador: a compreensão transcende os limites, pois supera o silogismo, ensejando um amplo debate processual, tendo como eixo legitimador o contraditório, este como um direito fundamental constitucionalizado, garantia que assegura as partes a devida igualdade processual quando do debate, momento em que o juiz deve estar em grau de igualdade com as partes exercendo, nesse novo modelo, a função processual que lhe é balizada com a Administração Jurisdicional via *potestas*.^{293,294}

²⁹⁰FORNOS, Iván Escobar. **Introducción al Proceso.** Nicaragua: Hispamer, 1998. P.168-169.

²⁹¹Importante aqui destacar, que a dinâmica processual proposta incide em três faculdades distintas do juiz, sendo que, é muito relevante a construção de Calmon de Passos ao tempo, que tem uma visão muito palpável da jurisdição: “A jurisdição, portanto, compreende em si três faculdades: de instrução, de decisão e de coerção. Pela primeira, verifica o juiz a existência dos pressupostos de fato que importam na incidência da lei cuja aplicação lhe pedem. E o conhecimento a causa, a *notio* dos romanos. Pela segunda, ele decide, julga, aplica o direito que incidiu. E o *judicium*. Pela terceira, ele realiza o direito que aplicou. E a execução, o imperium. Ao lado dessas três faculdades pode-se incluir a chamada faculdade de documentação, com a qual se dá a forma escrita, se documentada, com vistas a sua conservação e para que mereça fé, tudo quando se desenrola perante os órgãos jurisdicionais durante a instrução e julgamento da cusa e quando também de sua execução.” (PASSOS, J. J. Calmon de. **Da Jurisdição.** Salvador: Livraria Progresso Editora, 1952. P. 15)

²⁹²[...] *funzione giurisdizionale*, dai punto di vista sociale, cioè come attività che lo Stato esplica nell'interesse generale della società e nell'interesse particolare dei singoli determinati subietti di diritto, i quali per la incertezza o is inosservanza delle norme giuridiche, sentano il bisogno che i conflitti di interessi, tra di loro eventualmente sorti, vengano risolti da un organo superiore, che si concreta nello Stato. (ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile.** Vol. I. Parte Generale. 2 ed. Roma: Editrice Torinesi, 1966. P. 232)

²⁹³AGAMBEN, Giorgio. **Estado de excepción.** Homo sacer I e II. Valencia: Pre-Textos, 2004.

²⁹⁴D'ORS, Alvaro. *Auctoritas-authenticum.* **Estudios clásicos**, n.º 88, 1984 Pp. 375-382.

Resta evidente que a política e o direito são temas altamente relevantes e que determinam a configuração dos Poderes, sendo relevante para a ressignificação da dinâmica do Processo.

O fenômeno de centralidade política, primeiramente voltado ao Estado-Legislator, retira da sociedade civil o seu caráter político. Com isso a Lei é a manifestação política da representação, efeito este apresentado com a separação dos poderes. Em um segundo momento, a representação política disléxica do Legislador é efetuada junto ao Estado-Juiz, pois este, sob influências das mais diversas, vem a ser o centro da politização do direito: seu ato decisório representa a política e faz alvorecer a divisão dos poderes e o fenômeno impulsionador de sua politização, o Ativismo Judicial (*“es comprensible que este reconocimiento sea mayor en los países que siguen la tradición angloamericana del common law, por el papel esencial que se atribuye a la jurisprudencia judicial para la integración del ordenamiento jurídico.”*²⁹⁵).

Em um terceiro momento, com a democracia, que subjetiviza o ser, cresce a necessidade e legitimidade de participação, momento no qual o Processo passa a se tornar a politização da existência. Muito maior espaço o cidadão tem no processo do que as fragmentações e determinações afiguradas nos Poderes Estatais. Encontra o cidadão ativo espaço junto ao Processo para apresentar o fenômeno conflitual, que em seu âmago representa anseios do ser político, não determinado pelo dever ser dos órgãos, que acabam lhe determinando como massa.

A crise moderna do direito, pelo exposto, é provocada precisamente pelo desfalque entre o que a decisão deveria ser e o que o fenômeno contextual é.²⁹⁶ A decisão judicial não pode ser reduzida a um juízo lógico, pois a base da decisão judicial não é lógico-dedutível.

²⁹⁵FIX-ZAMUDIO, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. *Ius et Veritas*, n.º 8, 1994, Pp.89-108. P.99.

²⁹⁶La crisis moderna está provocada precisamente por el desfase entre lo que el juicio debería ser y lo que el juicio es en realidad. La desconfianza en el juez, propia de la Revolución francesa y de la época codificadora con su secuela de división de poderes, no se afirma para proteger al juez frente a los abusos de los restantes poderes y consagrar el principio de la independencia judicial, sino más bien para confinar al juez al humilde papel de servidor de la ley, para reducirlo a la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley, en contraste con la trascendencia de la función judicial, ha contribuido, al menos en el sistema continental, a un creciente desprestigio del juez, a una desvalorización del juicio, frente a la que nada han podido los potentes sistemas jurídico, hasta el punto que CALAMANDREI tuvo que preguntarse hasta qué punto «lo ingleses estarían dispuestos verdaderamente a cedernos, a cambio de nuestra mayor ciencia, i su mejor justicia!. [...] La afirmación es correcta en cuanto revela la dificultad del tema Y la relatividad de los resultados que puedan obtenerse. Principalmente contiene una objeción irrefutable a la teoría que pretende reducir todo el complicado engranaje de la sentencia a un juicio lógico, advirtiendo que la convicción judicial, base de la sentencia, no es lógica, sino más bien psicológica, influida como tal más por emociones y pasiones que por un frío razonamiento lógico. Pero con tal afirmación ya se advierte que el juicio jurisdiccional es de una suma trascendencia en cuanto está íntimamente relacionado con la persona del juzgador, lo que supone un avance considerable en el análisis de dicho juicio: los resultados que se obtengan no podrán tener un carácter general, pero llegar a dicha afirmación supone una indudable penetración en la misma esencia del juicio jurisdiccional. La primera dificultad deriva de que el juicio jurídico se forma interiormente en el intelecto del juez, y su reflejo externo, la sentencia, viene condicionado por una serie de normas y preceptos legales que originan una desvinculación formal entre el razonamiento judicial y la motivación [...] El esquema silogístico

Com a crise sentida pelo direito, a jurisdição ressignifica-se frente ao Estado Ativo-Responsivo e o poder criador do juiz não se associa com a consciência, mas sim com a dialética-dialogal estabelecida com a governança processual das partes.²⁹⁷ O Estado-Juiz é receptor das novas atribuições partilhadas do Estado Ativo-Responsivo, apresentando uma figura ativa junto a sociedade, eis que a recebe, pela dinamicidade processual, as mais variadas demandas fruto dos novos direitos construídos na complexidade dialética da sociedade.

A juridicização da vida resta evidenciada pelo fenômeno da democratização da democracia, ampliada pela democracia participativa. Diante desse novo momento social, econômico e cultural, a produção do direito oriundo de uma sociedade civil reorganizada em busca de procedimentos que buscam (substancialmente) materializar o anseio social oriundo dos fenômenos conflitológicos, tendo como mote o funcionamento substancial da decisão pública em jogo, ensejando a transparência pública.²⁹⁸

presenta un gran interés en aras a su simplicidad que facilita el tratamiento sistemático del juicio jurisdiccional, y ofrece una cierta semejanza con el aspecto formal de la sentencia, en la que en los resultandos se recogen, o deberían recogerse, los hechos, en los considerandos la norma legal, y la conclusión se contiene en el fallo. La doctrina del silogismo lógico ofrecía además un valioso apoyo a las teorías que pretendían reducir al mínimo la función del juez. El trabajo mental del juez era puramente lógico, no volitivo. Se limitaba a declarar la voluntad de la ley al caso concreto: «La sentencia firme no es nunca y bajo ninguna circunstancia otra cosa que la aplicación del Derecho. Es la voluntad de la ley concretada, que, como tal siempre vincula La sentencia es siempre declaración en función de protección del Derecho, pero nunca en función de producción del mismo». De ahí que careciera de toda relevancia su intervención; podía cómodamente ser sustituido por una máquina, en la que introducidas las dos premisas se extrajera la sentencia judicial. Ni siquiera la sentencia obligaba como acto de voluntad del juez, sino como simple juicio lógico de éste, que declaraba y concretaba el mandato abstracto de la ley. Los efectos de la sentencia derivaban de la ley, no del juicio del juez, que limitaba a declarar ya producidos tales efectos (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P. 70, 73 e 75)

²⁹⁷No face a face frontalidade, o homem firma-se em posição de simetria em relação ao deus; mantém-se sempre em seu eixo; esta reciprocidade implica ao mesmo tempo dualidade – o homem e o deus que se encarram – e inseparabilidade, ou até identificação: a fascinação significa que o homem já não pode desviar seu olhar ou rosto do Poder, que seu olho perde-se no do poder que também o olha, que ele é projetado no mundo que este Poder preside. (VERNANT, Jean-Pierre. **A Morte nos Olhos**. Figurações do Outro na Grécia Antiga. Ártemis, Gorgó. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988. P. 103)

²⁹⁸Qui non siamo nel mero campo e dell'organizzazione e delle procedure, ma è il funzionamento sostanziale della decisione pubblica che viene in gioco. Non vogliamo tornare sul tema delle comunanze e delle differenze tra le due forme, deliberativa e partecipativa, che dispone di una letteratura più che copiosa. Ma ricordiamo che, sulla base di un'attenzione all'argomentazione che era già tipica della cultura greca – esemplari i discorsi che Erodoto mette in bocca ai protagonisti, siano greci o persiani, nei momenti essenziali delle sue *Storie*, come pure quelli di Tucidide – tutto un filone di pensiero che negli Stati Uniti ha i suoi referenti filosofici anteriormente in John Dewey, più di recente in Rawls, e i suoi analisti in numerosi studiosi quali Elster e Gastil, e che in Europa trova il massimo teorico in Habermas e realizzazioni pratiche in Gran Bretagna e in Danimarca, ispira l'invenzione di procedure di dibattito, dal *town meeting* ai *focus group* ai sondaggi deliberativi ideati da Fishkin alle *consensus conference* e via dicendo, che possono richiamarsi, oltre che all'antica repubblica ateniese, a esperienze del New England coloniale. Si tratta di un filone di arricchimento delle procedure della democrazia che ha con la democrazia partecipativa affinità e, come vedremo anche dopo, essenziali incroci. Questi si verificano poiché strumenti nati dalle istanze di democrazia deliberativa vengono impiegati nell'ambito di procedure di democrazia partecipativa (sebbene alcune proposte ed esperienze di democrazia deliberativa restino di tipo teorico o si effettuino nel libero campo dello spazio pubblico senza riferimento diretto a un'azione istituzionale). Come meglio diremo, la democrazia partecipativa trova nel momento deliberativo un suo elemento essenziale, e d'altronde la democrazia deliberativa ha il suo luogo privilegiato proprio nelle procedure partecipative: non a caso, le fulminanti espressioni sulla «discussione» da Tucidide messe in bocca a Pericle, che abbiamo riportato in esergo, sono

Não deve o Estado-juiz ser inerte aos reclames sociais que, na contemporaneidade, superam a rígida formalidade que constitui objeto do processo formal, devendo ser superadas pela contradogmática processual - objeto processual substancial - construindo um profícuo debate processual, propiciando a necessária ampliação (legitimada) deste poder constituído, momento em que a interpretação judicial resta ampliada pela interpretação Processual. Ocorre assim uma contraposição dialética que se revela em uma complementariedade entre ambas representações de *auctoritas* e *potestas*, as quais delineiam e reestruturam as teorias políticas aderidas ao Processo Hodierno.

Da mais recente evolução de ideias, em uma dimensão também supranacional, parece emergir uma linha de tendência dirigida a separar a jurisdição do aparelho estatal. O juiz hoje procura a sua própria legitimação, não no Estado nacional, mas na comunidade, e se alça, antes, a controlar o correto exercício das funções por parte dos próprios poderes estatais.²⁹⁹

Desse modo, como exposto, a *potestas* correlaciona-se intimamente com a *auctoritas*; a primeira é uma faculdade, antes dimensionada à função jurisdicional e hoje ressignificada e readequada como a administração da justiça: esta vem a reforçar a possibilidade de colaboração reativa das partes “*Si los juicios se desarrollaran en forma tan simple como se deduce del esquema del silogismo judicial, no se comprendería por qué motivo el Estado dedica parte tan considerable de su presupuesto a mantener la Administración de Justicia.*”³⁰⁰. A administração judicial equipara o juiz às partes e partilha-se a *potestas* voltando-se à colaboração reativa que redimensiona a função jurisdicional com a criação do direito por parte do juiz, legitimado democraticamente ao exercício do direito objetivo processual.

pronunciate nel contesto d’una lode per la democrazia ateniese intesa non solo (come poco prima nello stesso discorso pericleo – *La guerra del Peloponneso*: II,), come ciò che «si qualifica non rispetto ai pochi, ma alla maggioranza», ma come «partecipazione alle decisioni comuni» da parte di tutti i cittadini. Tuttavia rimangono fra le due correnti d’idee importanti differenze, legate soprattutto al fatto che nella democrazia partecipativa la componente deliberativa è soltanto elemento di un fenomeno più complesso e matrici che non si limitano all’interesse per il valore e le tecniche dell’argomentazione razionale, che rappresenta invece la preoccupazione assorbente della democrazia deliberativa. (ALEGRETTE, Umberto. **Democrazie Partecipative**: un contributo alla Democratizzazione della Democrazia. Disponível em: <<http://www.fupress.com/archivio/pdf/3951.pdf>>. Acessado em: 31/11/2017. P. 16-17)

²⁹⁹PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P.32.

³⁰⁰Cualquier persona podría actuar como juez. Y con menor razón se comprenderían las garantías tradicionales de la función judicial, y mucho menos las innegables divergencias entre la jurisprudencia. Si los jueces se limitaran a declarar la voluntad de la ley en un caso concreto, no se comprende cómo una misma voluntad podría ser declarada en varias formas distintas. En último extremo, si bastara con el silogismo judicial, sobrnricl el mismo proceso. Bastaría el simple juicio del particular para evitar el proceso. Y cuando ex,st,era una voluntad rebelde de una de las partes, el proceso quedaría limitado al mínimo: a la simple alegación de las partes ante el juez. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.77)

Deixa a Jurisdição a posição passiva a que ocupava frente aos outros poderes Estatais ao apoderar-se da *auctoritas* recebida com o Estado Ativo-Responsivo, que garante o *ius facere* da Jurisdição por meio da dinamicidade processual a qual se propõe, refletindo na fundamentação da decisão a gênese estabelecida com o fenômeno conflitológico de interesses – resulta disso, o direito objetivo processual, deixando de apregoar-se a centralidade política na jurisdição na medida em que redimensiona a centralidade política no processo. O processo deve ser dinâmico, e estabelecer-se via colaboração reativa em uma governança das partes, e com isso a democracia participativa faça-se presente por uma *autoridade das partes*, sendo assim estabelecida uma governança processual das partes.³⁰¹

Quando o Estado *dicit ius* para um caso concreto, pode servir-se das partes como colaboradoras para sua instrução acerca do caso, isto é, para o fornecimento ao Juiz de todos os elementos úteis para declarar o comando. Chama-se então a este último decisão, querendo-se aludir ao corte que o juiz deve fazer na questão ou nas questões resultantes das razões fornecidas pelas duas partes. A característica da jurisdição está pois, em que o direito se produz, sim, *super partes*, mas prepara-se *inter partes*. No processo legislativo, diversamente do processo jurisdicional, as partes tem uma função puramente passiva; no processo jurisdicional, as partes, de pacientes tomam-se agentes, delineando-se, a partir daqui, aquela que é um dos fechos de abóbora, não só da teoria do processo como de toda a teoria do direito: a distinção entre as partes em sentido material e partes em sentido formal. Se se tem em consideração esta natural posição e composição do mecanismo jurisdicional, então certa tendência moderna para situar no juiz o centro de gravidade, e para reduzir cada vez mais as partes a um papel passivo, deve ser atribuída a uma verdadeira ignorância dos princípios da teoria das fontes jurídicas.³⁰²

Portanto, a centralidade política aderida ao Processo acaba por adaptar-se em uma dinâmica processual aos anseios políticos e sociais, veja-se que são as partes, cidadãos ativos em colaboração reativa que construirão a decisão judicial, que sim é revestida pela democracia

³⁰¹From a point of view of contents, *auctoritas* ought to be definitively transferred from the States to the Community (although porosity would even here allow for local *auctoritates* to be kept, as long as they did not prevail when conflicting with the global one). This is, in my view, the necessary corollary of the contemporary “erosion” of the State (Garapon) and at the same time ensures the maintenance of the minimum redoubt of a “vertical element” (the State does not disappear, but is transformed). The “collective *auctoritas*” – incarnated by the Community institutions and impelled by the particularity of each State – would be charged with ensuring the respect, in the ideological plane, of the indispensable acquisitions of Modernity: democracy and human rights, eventually in an original integration of (mercantile) equity and (social) justice that filled with contents the term “solidarity”. (...) The translation of this to the level of procedure requires to envisage the dialectics between the “bottom-up” impulse (*potestas*) and the integration of the “top-down” principles (*auctoritas*). The notion of “governance” is clue: it can be seen as the post-modern version of the “social contract” as a true “*Vergemeinschaftung*”. The contracting Member States (this label ought to be changed) would not “delegate” any power whatsoever but would exercise their *potestas* inspired in the common *auctoritas*. This is the materialisation of “solidarity”: the (Cartesian) duality of the roles of the State (sovereign but member of the Community) would be substituted by a complementarity (sovereign since member of the Community). (TINTURÉ, Maria Isabel Köpcke. **Between Auctoritas and Potestas**. Disponível em <http://www.trinitinture.com/documents/maris/WIJFFELS_KOPCKE.pdf> Acessado em 01/02/2018. P. 30-31)

³⁰²CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P. 137.

participativa, ocorrendo a politização da existência³⁰³. Sob esse efeito, necessária é a releitura da estrutura e da jurisdição, podendo ser compreendida como *auctoritas, potestas, múnus, imperium*.³⁰⁴, *não devendo se considerar a super-polarização entre auctoritas e potestade; ou função judicial e administração da justiça.*

³⁰³É inteiramente natural que nos tornemos cômnicos da natureza não política e mesmo, em potencial, antipolítica da verdade – *Fiat veritas, et pereat mundus* – apenas na ocorrência de conflito, e tenho até agora acentuado esse lado da questão. Contudo, isso de modo algum pode esgotar toda a estória. Não são abrangidas certas instituições públicas, por mais estabelecidas e apoiadas pelos poderes que sejam, nas quais, contrariamente a todas as regras políticas, a verdade e a veracidade sempre constituíram o critério soberano da linguagem e do esforço. Entre estas se distingue o poder judiciário, que, seja como ramo do governo, seja como administração direta da justiça, é protegido ciosamente do poderio social e político, bem como todas as instituições de ensino superior às quais o Estado confia a educação de seus futuros cidadãos. Na medida em que a Academia recordar suas origens antigas, ela deverá saber que foi fundada pelo oponente da polis mais decidido e influente. O sonho platônico, decerto, não se tornou verdadeiro: a Academia nunca veio a ser uma contra sociedade, e em parte alguma ouvimos falar de qualquer tentativa de tomada do poder pelas universidades. Tornou-se verdadeiro, porém, aquilo que Platão jamais sonhou: o domínio político reconheceu necessitar de uma outra instituição exterior à luta pelo poder, além da imparcialidade requerida pela aplicação da justiça; não é de grande importância o fato de estarem esses locais de ensino superior em mãos privadas ou públicas, pois não só a sua integridade, como sua própria existência, dependem, seja como for, da boa vontade do governo. Verdades bem desagradáveis têm saído das universidades, e sentenças bem indesejáveis muitas vezes têm sido emitidas de um tribunal; essas instituições, como outros refúgios da verdade, permaneceram expostas a todos os perigos provenientes do poderio político e social. Todavia, as probabilidades de que a verdade prevaleça em público são, naturalmente, aumentadas em grande escala pela mera existência de tais lugares e pela organização de estudiosos independentes, supostamente desinteressados, a eles associados. Dificilmente se pode negar que, ao menos em países governados constitucionalmente, o domínio político tem reconhecido, mesmo em caso de conflito, seu interesse na existência de homens e instituições sob os quais ele não detenha nenhum poder. Hoje, essa importância autenticamente política da instituição acadêmica é facilmente despercebida devido à proeminência de suas faculdades profissionais e à evolução de suas repartições dedicadas à ciência natural, onde, inesperadamente, a pesquisa pura forneceu tantos resultados decisivos que se demonstrou em larga escala vital para a sociedade. Nenhuma pessoa pode, em absoluto, negar a utilidade social e técnica das universidades, porém essa importância não é política. As Ciências Históricas e as humanidades, que têm a obrigação de descobrir, conservar sob guarda e interpretar a verdade dos fatos e os documentos humanos, têm relevância politicamente maior. O dizer a verdade dos fatos abrange muito mais que a informação diária suprida pelos jornalistas, posto que sem eles nunca poderíamos nos orientar em um mundo em contínua mudança e, no sentido mais literal possível, nunca saberíamos onde nos encontraríamos. É claro que isso é da mais imediata importância política; porém, se a imprensa tiver de se tornar algum dia realmente o “quarto poder”, ela precisará ser protegida do poder governamental e da pressão social com zelo ainda maior que o poder judiciário, pois a importantíssima função política de fornecer informações é exercida, em termos estritos, exteriormente ao domínio político; não envolve, ou não deveria envolver nenhuma ação ou decisão. A realidade é diferente da totalidade dos fatos e ocorrências e mais que essa totalidade, a qual, de qualquer modo, é inavergüável. (ARENDR, Hannah. **Entre Passado e Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016. P. 387-390)

³⁰⁴Nel diritto comune classico, l'espressione iurisdictio veniva intesa quale dictio iuris, potere del giudice di accertare il diritto e di stabilire l'equità. Già Imerio aveva chiarito: iurisdictio est potestas cum necessitate iuris s. rendendi, equitati sive statuende. Ma la giurisdizione presenta anche un aspetto coercitivo e sanzionatorio (armata seu coactiva potestas). Essa – si dicera – va correlata all'imperium. Ancora Imerio puntualizzava, infatti, Imperium: sine quo nulla est iurisdictio. La giurisdizione, a sua volta, come potere tout court, veniva distinta in delegata, se esercitata su incarico di altri (ex alterius commissione ovvero ex dativo nomine), e in ordinaria, se esercitata iure proprio (o ex natio nomine) dalle supreme autorità, imperatore o papa, salvo, poi, a stabilire una gerarchia fra queste due stesse autorità investite della plenissima iurisdictio. (CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democrazia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 21-22)

2.1 - Da Separação à Divisão dos Poderes

[...] as três funções procedem de um tronco comum, e não são mais que manifestações parciais da atividade setorial do gigantesco ser que se chama Estado...³⁰⁵

Sobre a temática a ser abordada no presente tópico, necessário relembrar os primeiros modelos de Estado de Direito que, em seus textos Constitucionais (Liberal e Social), instituíam uma Jurisdição neutralizada politicamente³⁰⁶ objetivando, nesse contexto, excluir participação do juiz e dos cidadãos por meio da Jurisdição no tocante à produção do direito, mais especificamente, dimensionando a formulação do direito ao Estado-Legislador³⁰⁷. Isso não significava, contudo, que a atividade de criação judicial estivesse condenada à ineficácia em questões de transformação do direito, sobretudo em áreas nas quais o Poder Legislativo demonstrava ser relativamente inativo^{308, 309}, momento em que o Poder Judiciário tomava espaço e tornava-se ativo, politizando o direito na jurisdição.

Esse dilema, um dos problemas essenciais do poder, está radicado em sua pretensa separação. Ela incide em somente um, ou em dois destes poderes? Sendo em dois, é possível controlar as usurpações do terceiro? Conforme restará demonstrado, independente do modelo proposto, bem como do poder a que se reporta a pretensa separação, o estudo deve contemplar não apenas o conteúdo/estrutura do poder constituído, mas, também como uma autoridade sobre os poderes vizinhos que pretendem julgar via decisão política. Eis a questão, é natural/constitucional que um poder pretenda constituir-se em autoridade no tocante aos demais.³¹⁰

³⁰⁵MÉNDEZ, Ramos Francisco. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P. 116.

³⁰⁶LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. P. 152.

³⁰⁷È dunque solo la terza tesi, la dottrina della separazione dei poteri in senso stretto – beninteso, in combinazione con la prima, la teoria della distinzione dei poteri – a escludere la partecipazione dei giudici alla legislazione: a escluderla, beninteso, come dottrina (normativa), come tesi che afferma – non che i giudici non producano diritto, bensì – che i giudici non debbano produrlo. È questa dottrina della separazione dei poteri in senso stretto che, nella sezione conclusiva di questo lavoro, verrà confrontata con la teoria giusrealista della produzione giudiziale di diritto, al fine di avviare a soluzione la nostra contraddizione fondamentale. Prima di procedere a tale confronto, peraltro, occorre esaminare l'altro corno del dilemma: appunto, la teoria giusrealista dell'interpretazione. (BARBERIS, Mauro. **Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione**. Em: GUASTINI, R; COMADUCCI, P. *Analisi e Diritto 2004*, a cura di P. Comaducci e R. Guastini. Torino: Giappichelli, 2014. P. 4-5)

³⁰⁸LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n.º 49, ano XVII, jul.1990. Pp. 149-168. P. 152.

³⁰⁹Ver: CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938.

³¹⁰La teoría de la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, surgió como tácita para evitar la tiranía y asegurar la libertad del súbdito; sin embargo, dice D'ORS, nunca ha funcionado. Su problema radica en que si el poder está dividido para que uno o dos de esos poderes puedan controlar las excesivas usurpaciones del tercero,

A clássica teoria da tripartição dos poderes, sustentáculo de expressão dos poderes no Estado Constitucional, tem como principal expressão a sua evolução-transformação de uma concepção inicial baseada na Separação dos Poderes à sua posterior passagem para a concepção baseada na Divisão de Poderes, nos termos em que alude Ferrajoli: “(con-)divisione del potere’ e ‘separazione dei poteri’ sono principi organizzativi non solo diversi ma tendenzialmente opposti”³¹¹. Na Separação de Poderes rege o princípio organizativo no qual a instituição se especializa em um segmento expressão de um poder. De outro lado, na Divisão de Poderes ocorre a articulação dos poderes, graças ao recíproco controle e balanceamento, de modo que a competência é dividida entre instituições, órgãos, funcionários, o que agita o poder de um, que acaba por consequência definindo aquele do outro.³¹²

En la historia de las doctrinas constitucionales, la expresión “separación (o división) de los poderes” denota no ya una, sino dos técnicas diferentes de organización del poder político, que se supone que funcionan con el objeto de evitar el despotismo y garantizar (tutelar, proteger) la libertad de los ciudadanos (y del mismo modo son valoradas).³¹³

dicho poder – el que sea – es no sólo lo que es como poder constituido sino, además, una autoridad sobre los poderes vecinos que pretende juzgar. Y, justamente, lo innatural de cualquier poder es que pretenda constituirse en autoridad. (VANNEY, María Alejandra. **Libertad y Estado**. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d’Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Aranzandi S.A., 2009. P. 370-372)

³¹¹FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872.

³¹²Propongo perciò, a scanso di equivoci, di chiamare separazione dei poteri il principio organizzativo in forza del quale funzioni diverse si specializzano in capo a istituzioni tra loro indipendenti: il caso più importante, ma come vedremo non il solo, è quello della funzione giudiziaria rispetto a quella legislativa o a quella di governo. Parleremo invece di divisione del potere per designare l’articolazione del potere in forza della quale, grazie a reciproci controlli e bilanciamenti, la competenza in ordine a una medesima funzione è divisa tra istituzioni, o organi e/o funzionari diversi onde il potere dell’uno delimita quello dell’altro: è il caso dei rapporti tra governo e parlamento nelle democrazie parlamentari, in cui il primo ha bisogno della fiducia del secondo e questo, a sua volta, può dal primo, o con il concorso del primo, essere disciolto. Mentre la separazione tra i poteri implica la reciproca indipendenza tra le istituzioni che dei poteri separati sono gli esclusivi titolari, la divisione del potere comporta l’inter-dipendenza degli organi e dei soggetti tra i quali il potere è diviso, o nella forma dell’attribuzione a taluno di essi della nomina e/o della revoca dei funzionari che ne sono investiti, o nella forma della partecipazione e/o del controllo di taluno di essi sul merito del suo esercizio. Si tratta dunque di due concetti profondamente diversi, che richiedono due definizioni distinte. I principi normativi da essi espressi, pur essendo entrambi essenziali al fine di impedire il dispotismo e di limitare i poteri a garanzia degli interessi pubblici e dei diritti fondamentali, sono non soltanto diversi ma anche, se applicati a più funzioni, tra loro in contrasto: dove c’è separazione tra i poteri e quindi indipendenza degli organi che ne sono titolari, non c’è con-divisione del potere; mentre dove c’è con-divisione del potere tra organi titolari di funzioni diverse, non c’è tra queste separazione né quindi indipendenza. Sono infatti non solo diverse, ma opposte, le tecniche normative espresse dalle due formule per limitare il sistema dei pubblici poteri: la prima consiste nel separare i poteri in capo a istituzioni e ad organi indipendenti affinché ognuno di essi, proprio perché non condiviso con gli organi che sono titolari di altri poteri, sia a questi di «freno» secondo la classica formula di Montesquieu¹⁴; la seconda consiste nel dividere ciascun potere tra organi tra loro collegati e interdipendenti affinché esso, proprio perché non accentrato in capo a un unico organo, sia sottoposto ai limiti e ai controlli da altri esercitati. Anche di queste figure offrirò peraltro definizioni formali, senza in esse precisare la natura delle funzioni delle quali si giustifica la divisione e/o la separazione. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 863-865)

³¹³Para evitar confusiones, de ahora en adelante, usaré la expresión “separación de los poderes” (en sentido estricto) para referirme a la primera técnica constitucional, mientras que usaré la expresión “división del poder”

O estudo sobre o tema, demonstra que tanto sob a égide do Estado de Direito Liberal e/ou do modelo de Estado Social de Direito imperou a Separação dos Poderes, o que somente muda depois de muitas crises e rupturas, onde formula-se a Divisão dos Poderes, que também pode ser chamada de *check and balances*. Assim, o modelo clássico de Separação dos Poderes tem seu fim com o Estado Democrático de Direito, momento em que ocorre uma evolução diante da rígida teoria da Separação dos Poderes, que já não mais atendia/atende aos propósitos da época quanto à ideia de Direito e Sociedade.

Muito embora a evolução, fruto dessa nova realidade social pós/trans/hiper-moderna, a passagem da Separação para Divisão dos Poderes ainda encontra, mesmo no Estado Contemporâneo, grandes obstáculos, mantendo-se no senso comum teórico a ideia pregressa de que os Poderes devem ser regidos por uma estrita separação. Diante do exposto, resta necessário indagar: a função judicial e a processual, da maneira em que se restam compreendidas, tradicional e filosoficamente, pelo senso comum, correspondem às novas mecânicas sociais? O grande desafio é compreender o impacto social fruto dessa pretensa alteração de Separação à Divisão, eis que demonstram a passagem de um sistema onde a Jurisdição é inerte, para outro no qual passa a ser ativa.

No que toca à boa compreensão acerca da Função Judicial e da Administração da Justiça, crucial compreender o liame existente entre Separação e Divisão dos Poderes, pois ambas as manifestações do Estado, no correr da história, delimitam a função judicial e a administração da jurisdição, expressões que, apesar de sua fundamental importância no tocante ao exercício Democrático dos Direitos, são mal compreendidas.

A distinção entre separação e divisão de Poderes acaba por evidenciar um profundo fosso, pois com a separação de poderes é nítida a limitação das atividades jurisdicionais do juiz em um mero *ius dicere*, reduzindo o julgador a mero juiz boca da lei. O mecanismo processual era improdutivo e delimitava suas atribuições de maneira a castrar o Processo. O processo tinha em seus institutos, como o princípio dispositivo, o princípio da congruência e a motivação da decisão judicial, os pilares para manifestar o direito como lei.

Já a divisão de poderes, erigida com o modelo de Estado Ativo-Responsivo, acaba por proporcionar uma abertura de horizontes junto a Constitucionalização do Processo, fenômeno esse que acaba por ressignificar a atividade do juiz e reconduzir em uma fusão confabular a função jurisdicional e a administração da justiça, que tem como efeito a ressignificação do

para referirme a la segunda. (GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoría Constitucional**. Primera edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. P. 59)

princípio dispositivo e do princípio contraditório, os quais proporcionam uma abertura na governança processual. *O protagonismo do juiz passa a ser o protagonismo das partes*, operado na senda interpretativa e fenomênica na construção dos objetos, possibilitando assim a dialética processual; além disso, no tocante a atividade jurisdicional, o juiz legitima-se com essa dinâmica processual para com a criação do direito em sua decisão, pois o fenômeno conflitológico de interesses servirá de gênese fecunda ao direito.

2.1.1 - Da Separação dos Poderes e a sua Rígida demarcação junto ao Estado Reativo

No tocante à relação de poder, em especial no que tange à organização do Estado, Hobbes é um dos primeiros que procura delimitá-lo, dando azo a figura do que, posteriormente, restará compreendido como Estado Moderno. Na percepção do autor em comento, o direito deve ser fruto da vontade do Soberano, monopólio justificado pela renúncia do povo em prol de uma suposta manutenção da paz social, apresentando como possível ameaçada outro poder de envergadura semelhante à do Estado. Nesse momento, nasce o direito do Estado, proveniente da vontade do Soberano no intuito de evitar a guerra de todos contra todos, vivenciada no que o autor apresenta como sendo o Estado de Natureza. Surge assim a primeira noção que reduz o direito à lei, na medida em que esta, a lei civil, passa a ser positivada pelo poder competente, leia-se, Estado. Dado que somente ao soberano cabia usar o poder de legislar com exclusividade, Hobbes se opõe ao direito reconhecido e acolhido pelos juízes, por mais sábios que estes fossem, uma vez que a lei era questão de autoridade, e não de sabedoria, limitando-se o juiz à ser “boca do legislador”.^{314,315}

O termo Separação de Poderes, em que pese as primeiras delineações de Hobbes, surge posteriormente com o advento das primeiras formulações Constitucionais, utilizando-se o termo

³¹⁴Dentro desta linha de ideias, considera falsa a premissa de que os juristas sejam capazes de refinar o direito, pois na Inglaterra as leis sempre são elaboradas pelos reis. Assim sendo, o rei é reconhecido como único legislador, sendo considerado, outrossim, o único juiz supremo. Tomando como parâmetro estas ideias, Hobbes define a lei como sendo “*um mandato daquele ou daqueles que tem o poder soberano, dado a quem são seus súditos, declarando pública e claramente o que cada um pode fazer e que deve abster-se de fazer*”. [...] Estes parâmetros devem nortear o papel do juiz na aplicação do direito, já que o mesmo precisa respeitar a intenção do legislador/soberano na sua sentença, caso contrário, será uma decisão do juiz e, portanto, injusta. O juiz acaba sendo transformado em uma mera “boca do legislador”, autorizado apenas a repetir o direito estabelecido pelo soberano. Nesta atividade, o juiz pode se afastar da letra da lei, desde que não perca de vista o sentido e o significado da lei. Vale dizer, o meio condutor da intenção do autor da lei poderá ser substituído por um considerado mais adequado, mas sem perder de vista o objetivo buscado pelo soberano com a instituição da norma. (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico**. Princípios, Regras e o Conceito de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. P. 31-32)

³¹⁵Para mais informações, ver HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

para nomear a técnica da organização Estatal fundada no Estado Liberal. Ao incorporar o paradigma da separação dos poderes, assegurando a liberdade dos indivíduos atribuindo o exercício do Estado a vários órgãos, procura aumentar a eficiência do Estado, organizando-o de maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições³¹⁶. A Separação de Poderes imposta pelas Constituições apresenta, apresenta em sua fase inicial, uma definição formal sem que precisar a natureza pela qual justificaria a Separação³¹⁷. Forma uma teoria cognoscitiva, não empírica, mas analítica da função do Estado: na locução Separação do Poder, este termo é usado no sentido de função estatal, e Separação no sentido de distinção dessa função estatal³¹⁸.

Dentre os autores que tratam do tema, no presente estudo serão analisados dois dos responsáveis por alcunhar o termo, sendo eles Locke e Montesquieu. Na Inglaterra, durante a Revolução Gloriosa, Locke^{319,320} não considerava o Poder Judiciário como um poder autônomo, contudo já antepunha o cenário que hoje se discute: a Separação dos Poderes “*se transforma-evoluciona em divisão dos poderes*”; ou seja, o Estado inicia a partir de uma estrutura rígida – separação – e se encaminha para uma mais branda – divisão, nas palavras do filósofo. Por sua vez, Montesquieu^{321,322}, na França, desenvolve sua ideia de separação dos Poderes ao considerar

³¹⁶DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 216.

³¹⁷[...] la prima consiste nel separare i poteri in capo a istituzioni e ad organi indipendenti affinché ognuno di essi, proprio perché non condiviso con gli organi che sono titolari di altri poteri, sia a questi di «freno» secondo la classica formula di Montesquieu. Anche di queste figure offrirò peraltro definizioni formali, senza in esse precisare la natura delle funzioni delle quali si giustifica la divisione e/o la separazione. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 864)

³¹⁸BARBERIS, Mauro. **Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione**. Em: GUASTINI, R; COMADUCCI, P. *Analisi e Diritto* 2004, a cura di P. Comaducci e R. Guastini. Torino: Giappichelli, 2014. P. 3.

³¹⁹Vide: LOCKE. **Two Treatises of Civil Government** (Segundo tratado do governo civil). London: Every-man's Library, 1966. P. 117-241.

³²⁰Análise de Bobbio quanto a *John Locke – en sus escritos - había mencionado tres poderes “el ejecutivo, el legislativo y el federativo”*, dejando de lado al poder judicial como parte de su muy característica división de poderes. No obstante al leer a Locke margina de su clasificación al poder judicial de manera forzada, ya que como señala Norberto Bobbio es una falta de coherencia de Locke al no incluir al judicial entre los tres poderes. Esta observación de Bobbio la hace partiendo del análisis Lockeano sobre el estado de naturaleza del hombre. Cuando Locke menciona las insuficiencias del estado de naturaleza en la vida cotidiana del hombre menciona tres: 1) la falta de una ley preestablecida, fija y conocida; 2) la falta de un juez imparcial; 3) la falta de una fuerza organizada capaz de hacer cumplir la sentencia del juez. (BENÍTEZ GIRALT, Rafael. **El papel del juez en la democracia**: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 1)

³²¹Vide: MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Livro XI, Cap. VI).

³²²El dogma fundamental de la separación de los poderes que la Asamblea, aceptándolo directamente de los escritos de MONTESQUIEU introdujo también en la Déclaration des droits, cuyo art. 16 proclama que toute société darts laquelle la gara'ntie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constit'ution, tuvo influjo sobre la creación del Tribunal de Casación de un doble modo: por una parte, confirmando con razones filosóficas la necesidad, ya demostrada por la experiencia histórica (véase, anteriormente, u. 141), de impedir que el poder judicial invadiese el campo del poder legislativo; por otra, excluyendo que la función de control dirigida a impedir tal invasión, continuase estando, como lo había estado, bajo el anejen régime, confiada al poder ejecutivo. MONTESQUIEU, quien al sustituir el principio de la bipartición de los poderes por el de tripartición, afirmaba por primera vez la necesidad de que el poder judicial fuese independiente del poder legislativo y del ejecutivo, ponía por otra parte en claro todos los peligros que podían derivar para el recto

o Poder Judiciário como expressão do Poder Estatal, junto ao Legislativo e ao Executivo, surgindo assim a função jurisdiccional, onde o juiz possui a limitada função de - tão somente - dizer a lei.³²³ À Montesquieu reconhece-se a criação da alcunha *Poder Judicial* como um fator histórico altamente relevante, pois antes disso o Órgão era apenas chamado de Ordem Judiciária, Função Judiciária e Autoridade Judiciária, que não expressavam a real importância que detém tal Poder.

En el uso clásico del modelo de Montesquieu la división se refería a tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial; en el modelo de Locke se refería simplemente a dos poderes, el legislativo y el ejecutivo. Se trata de modelos elaborados hace tres siglos con referencia a arreglos institucionales incomparablemente más simples que los de las actuales democracias constitucionales; en ese entonces las funciones del Estado eran poco más que la función penal y el mantenimiento del orden público en el interior del Estado y la defensa militar en el exterior. [...] Pienso por tanto que la clásica división de poderes del siglo XVIII que se remonta a Montesquieu es hoy inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las democracias contemporáneas.³²⁴

funcionamiento del Estado de una usurpación de las funciones legislativas cometida por el poder judicial. Partiendo del principio de que “un y a point de liberté si la puis sanee de juger n’est pas séparée de la puissance législative el de l’exécution, observaba que, donde la función jurisdiccional no hubiese sido separada netamente de la función legislativa, quedarían a merced de la arbitrariedad la vida y la libertad de los ciudadanos, ya que el juez, al no estar obligado a la estricta observancia de la ley, se transformaría en legislador omnipotente; y en varios lugares de su *Esprit des lois* volvía a afirmar que los jueces deben en sus sentencias observar rigurosamente la letra de la ley, sin poder en modo alguno separarse de ella. “Plus le gouvernement approche de la république, observa MONTESQUIEU, plus la manière de juger devient fixe... Dans le gouvernement républicain, j’est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. . Y en otro pasaje:”... les jugemens doivent être fixes d’un tel point qu’ils ne soient jamais qu’un texte précis de la loi”. La Asamblea nacional, que, por una parte, siguió las enseñanzas de MONTESQUIEU al hacer del poder judicial un tercer poder independiente de los otros dos, trató, por otra parte, de impedir por todos los medios que el mismo poder judicial, que MONTESQUIEU había llamado “si terrible parmi les hommes”, se saliese del campo que se le había asignado para ingerirse en la función legislativa, y expresamente proclamó que “les tribunaux ne peuvent s’immiscer dans l’exercice du pouvoir législatif Insistiré en seguida sobre este punto para poner de manifiesto las providencias prácticas que la Asamblea escogió al objeto de impedir que el poder judicial traspasase los límites que lo separan del poder legislativo (véase, más adelante, u. 148); pero ya desde ahora se puede entrever el influjo que tuvieron sobre el nacimiento del Tribunal de cassation las enseñanzas de MONTESQUIEU, en virtud de las cuales los reformadores se vieron impulsados a instituir en la nueva Constitución un órgano de control, que, impidiendo a los jueces considerarse superiores a la ley, mantuviesen también en las relaciones entre los institutos judiciales y legislativos el dogma fundamental de la separación de los poderes. Desde un segundo punto de vista, como he anunciado. (CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1945. P. 29-30)

³²³Ainda, Hoffe, em seus escritos, atribui quanto a “separação dos poderes” rol de teóricos diferenciado quanto à apresentada correntemente, parecendo esta mais ampla, por talvez ser de uma Corrente Norte-Americana: “À luz da História das idéias, costuma-se atribuir a divisão dos poderes a Milton (cf. Geisst, 1984), além de Locke (Segundo tratado do governo civil, 107, 138, 143, 194 ss.) Montesquieu (“il faut que le pouvoir arrête le pouvoir”: O espírito das leis, XI, cap. 4), Hume (The Origin of Government, in: Essayz, 40f) e O federalista (p. ex., nº 47: Madison), bem como a Kant (À paz perpétua, 2º cap., 2º artigo definitivo; A Doutrina do Direito, 45). Na realidade, existem precursores, por exemplo, no século XVI, Donald Gianotti, o último grande nome da República de Florença na área de Teoria do Estado.” (HOFFE, Otfried. *A democracia no Mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 118)

³²⁴FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.p. 104-105.

Montesquieu³²⁵ construiu a Separação dos Poderes (ou melhor, a distribuição das funções exercidas pelos Poderes), com o fim de redimensionar no Legislativo (na figura do Parlamento³²⁶) importante papel, pois até então eram os Monarcas quem detinham o controle do Estado como um todo. A burguesia buscou proteger-se da Monarquia vendendo ao povo a ideia de participação através da representação legislativa, aduzindo que a representatividade seria capaz de controlar uma série de abusos perpetrados por parte dos governantes. Assim, o Parlamento com a máxima atribuição do Estado é o poder no qual o Povo se encontra representado³²⁷ sustentando, como tese, a impossibilidade de existência da democracia sem a rígida Separação dos Poderes³²⁸.

Com o exposto, é possível observar que a separação dos poderes tem o objetivo de delimitar os poderes da Monarquia, podendo ser considerada como uma forma de reação contra a arbitrariedade Judicial³²⁹ (*la teoría visa sustituir el equilibrio de autoridad y potestad por medio de la separación del poderes*³³⁰), perpetrada antes do advento das Revoluções. Isto

³²⁵Allorché si parla di «*separazione*» si allude soprattutto alla classica dottrina di Montesquieu della separazione tra potere legislativo, potere giudiziario e potere esecutivo, *concepita con riferimento a sistemi politici incomparabilmente più semplici di quelli odierni*. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872)

³²⁶È chiaro che per rispondere a questi interrogativi occorre procedere a un'analisi della diversa natura delle funzioni pubbliche, onde connettere ad esse quelle che sono le due fonti, tra loro alternative, di legittimazione metagiuridica: la rappresentanza politica oppure la rigida soggezione alla legge. In una prima approssimazione si può sostenere che i pubblici poteri, ove in ragione della diversità delle funzioni siano fondati su fonti di legittimazione a loro volta diverse, devono essere (o si giustifica che siano) separati, ossia attribuiti a organi tra loro indipendenti; mentre devono essere (o si giustifica che siano) divisi qualora, al contrario, svolgano le medesime funzioni o comunque sia identica la loro fonte di legittimazione. Inversamente, si può affermare che, ove in ragione della diversità delle funzioni tra due poteri si giustifichi la separazione, allora devono essere (o si giustifica che siano) diverse le loro fonti di legittimazione; ove invece tra essi si giustifichi la con-divisione, allora devono avere (o si giustifica che abbiano) in comune la fonte di legittimazione. Nei sistemi parlamentari, per esempio, mentre tra potere legislativo e potere esecutivo si giustifica la con-divisione, avendo questi poteri un'unica fonte di legittimazione che è la rappresentanza popolare, la separazione tra potere legislativo e potere esecutivo da un lato e potere giudiziario dall'altro esclude la con-divisione delle relative funzioni tra gli organi che ne sono titolari, essendo diverse le loro fonti di legittimazione: per i primi due la rappresentanza politica in funzione di interessi generali, per il terzo la rigida soggezione alla legge tramite la sua applicazione (anche) 'sostanziale' ai casi particolari. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872)

³²⁷LÓPEZ, Carlos Fuentes. **El racionalismo jurídico**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. P. 232-233.

³²⁸DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 218.

³²⁹La teoría de Montesquieu, parece más bien una reacción contra la arbitrariedad judicial de su tiempo, que ya preparaba el estallido de la Revolución. Él más que nadie, que formó parte de un Parlamento, o Tribunal Real, pudo percibir con su admirable agudeza de espíritu y su sutil ironía, que aquel régimen que venía desde la Edad Media, poco tenía que ver con la justicia. Su teoría de la absoluta fidelidad a la ley, de la simple relación matemática, fué la teoría del siglo XVIII para la justicia del siglo XVIII. Esa teoría ha cumplido admirablemente sus fines políticos. No sería difícil que en Alemania, luego de la experiencia nacionalsocialista, surgieran nuevos teorizadores que volvieran a Montesquieu. Pero con relación al sistema institucional en que este estudio se apoya, dicha teoría puede, por ahora, dar por cumplida su misión. (COUTURE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963. P. 83)

³³⁰En la teoría política de la Edad Moderna, que parte del Estado como una realidad insoslayable, ya se encuentra confusamente sintetizados los conceptos de potestad y autoridad. Para resolver el problema que ello produce, la

porque até o advento do Estado Moderno, o Judiciário detinha em seu quadro de funcionários magistrados que correspondiam à aplicação da lei monárquica nos termos do melhor interesse da Monarquia. Já com a égide da formatação do Estado Moderno a representatividade tolhe a possibilidade de criação do direito pelo Julgador, pois a lei passa a ter caráter absoluto por ser a manifestação dos anseios da sociedade, em detrimento da aplicação judicial, vista nocivamente como expressão dos interesses do Governo. Mais do que nunca, impera o princípio da legalidade, ocorrendo a cisão entre direito e Lei.

A produção legislativa do direito resolve-se em uma contraposição nítida entre o *conditor* e o *subditus iuris*, ou seja, entre o legislador e as partes: o primeiro, enquanto comanda, fala (donde o nome de lei) e as partes escutam. Esta idéia do dizer, na qual se exprime o comandar, encontram-se também na palavra ditador, que tem um significado diferente mas próximo do de legislador. A característica da legislação é, pois, a soberania do legislador e a sujeição das partes; o primeiro não faz mais que falar, e estas não têm mais que escutar; o primeiro é o único sujeito ativo do comando, enquanto estas não são mais que passivas ou pacientes relativamente àquele. Ita lex esto. O direito legislativo produz-se super partes, não tanto no sentido de que o legislador está sobre as partes, como no de que as partes não intervêm, seja de que maneira for, na sua formação.

A função legislativa é, por isso, a mais alta função do Estado, pois é verdadeiramente a que coloca mais alto o Estado de frente ao cidadão, isto é, a que marca a maior distância entre este e aquele. É uma função puramente jurídica, no sentido de que não se realiza de outro modo

teoría política ha pretendido sustituir el equilibrio de autoridad y potestad por medio de la división de poderes: contraponen poderes entre si, para que cada uno sirva de freno al otro. Evidentemente, la necesidad de una moderación del poder está en la misma naturaleza de las cosas; sin embargo, los poderes divididos artificialmente no pueden actuar como moderadores independientes por la simple razón de que se trata de un mismo poder que existe dividido sólo teóricamente y de modo abstracto, y no de diferentes poderes que se limitan. D'ORS considera que con este método se intenta constituir una colegiabilidad en la potesta. (VANNEY, María Alejandra. **Libertd y Estado**. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009. P. 107)

que não seja produzindo direito.³³¹ O Código Napoleônico torna-se o *standart* dessa ideologia.^{332,333}

A Separação de Poderes idealizada e cunhada nas primeiras técnicas Constitucionais³³⁴ como limitação dos poderes encontra-se proficuamente arquitetada com a primeira Constituição Francesa, assentando-se em uma rigidez, resultado da necessidade Constitucional do binômio: autoridade-liberdade. De um lado, a autoridade é representada pelo poder³³⁵, tentando-se cada

³³¹CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1942 P. 129-130.

³³²Contudo, a paixão das leis só atingiria o sublime se essas leis pudessem ordenar-se sob a forma do Código. Essa reivindicação já figurava nos cadernos de lamentações dirigidos aos Estados Gerais de 1789: a Revolução e o Império farão disso a sua primeira prioridade. *Reunir num livro único o direito de uma nação*, declinar em algumas centenas de artigos, redigidos numa língua clara e acessível, as soluções jurídicas outrora dispersas num emaranhado de costumes e sentenças, era aceder ao mesmo tempo aos desejos de unificação, de simplificação e de estabilização do direito. Com a Constituição, o Código representaria a forma mais acabada do tempo jurídico prometeico, de resto, nunca se parou de defender que o Código Civil era a <<verdadeira Constituição>> da nação – a sua Constituição material, o receptáculo dos valores em que ela se reconhecera de forma durável. A longevidade, ainda não desmentida, do Código Napoleão de 1804 contra a efetivamente com a extrema mutabilidade das Constituições Políticas de que a França se dotou ao longo do mesmo período. Como se, no momento de codificar, a experiência do passado tivesse sabido concentrar-se num <<precipitado>> homogêneo e que as exigências do futuro tivessem sido suficientemente descobertas para que o Código as pudesse apreender em fórmulas, se não tangíveis, pelo menos abertas o suficiente para que todas as modificações ulteriores pudessem aí integrar-se sem desfigurar o conjunto. O código, nestas condições, acede a essa espécie de <<êxtase mágica>> em que o tempo parece parar ou, melhor ainda, desenvolver-se fora do tempo vulgar e escapa à lei do envelhecimento – talvez porque cumula simultaneamente os recursos do tempo das fundações, mobilizador de memória, e as do tempo prometeico, garante das promessas para o futuro. Compreende-se que assim equiparado para assegurar a sua própria programação, o código tenha sido concebido como um instrumento destinado a atravessar o século. (OST, François. **O Tempo do Direito**. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001. P. 286-287)

³³³La promulgación del Código Civil francés fue acogida con exclamaciones como éstas: Código inmortal, resumen de la moral universal, arcar santa digna de un respecto religioso! Más tarde Thiers seguía viendo en el texto napoleónico el código del universo civilizado, que organizaba la mejor forma posible del estado social. Se consideraba que el Código era la carta imperecedera del Derecho Civil, que servía de regla a Francia y de modelo al mundo. Cierto que los primeros jurisconsultos que tuvieron que aplicar el Código Civil, como quiera que ellos se habían formado en el estudio de la jurisprudencia bajo el régimen anterior a la codificación, no creyeron que la promulgación del Código cortara necesariamente las alas al progreso doctrinal y judicial en la individualización del Derecho. Pero en llegando a una nueva generación de jurisconsultos, aquellos que comienzan a darse a conocer hacia la segunda mitad del siglo XIX, y formados por consiguiente en el espíritu de los códigos, vemos dibujarse con claridad y precisión una nueva y cerrada fórmula del papel del interprete del Derecho Codificado. Las normas generales contenidas en los artículos del Código fueron tenidas como dogmas definitivos. Consiguientemente, la labor del intérprete y del órgano jurisdiccional habría de consistir única y exclusivamente en subsumir los hechos bajo aquellas fórmulas generales, y en poner en movimiento inexorablemente la mecánica de la lógica deductiva. (SICHES, Luis Recásens. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 153-154)

³³⁴A teoria da separação de poderes foi concebida, ou melhor, idealizada como uma necessidade Constitucional, sendo que, foi consagrada pela Assembleia Constituinte, em seu artigo 16, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. É, portador, deste modo de ambiguidades fortemente carregadas de ideologia no princípio da separação das funções do Estado, que envolve a priorização e mantém a primazia do Poder de Legislativo sobre os demais Poderes, fazendo com que estes venham cumprir a lei. Ele se dissocia do Poder Judiciário e do Poder Executivo, pois ambos encontram-se em desvantagem no que diz respeito à vontade geral. (COLSON, Renaud. **La Fonction de Juger**. Étude historique et positive. Volume n. 29. Version 1. Paris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 51)

³³⁵No Ocidente, a distinção entre o *poder* e a *autoridade* tem uma longa história. Em Direito Romano, "a potestas é a faculdade de agir e a auctoritas, a faculdade de fundar a ação de uma outra pessoa". Depois do advento do cristianismo, a distinção alimentou o debate sobre as respectivas prerrogativas do papa e do imperador. Esse debate foi encerrado de certa maneira pela laicização do Estado, que reuniu em suas mãos poder e autoridade, à custa, é verdade, da separação em seu seio dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Desde então, a distinção entre o

vez mais esferas. E de outro lado, a liberdade é representada via participação, aqui o indivíduo reivindica mais liberdades. Naturalmente perpetua-se da derivação do binômio: autoridade-liberdade uma tensão de forças contraditórias, forçando deste modo, um encaixe adequado ao funcionamento sócio-político³³⁶.

A atividade dos Juízes é limitada pelo Decreto 16-24 de agosto de 1790 editado na França, elaborado pela Assembleia Legislativa com o intuito de assegurar o respeito à Lei. Deixava clara a proposta que os Juízes deveriam aplicar estritamente a Lei, assim não deveriam adentrar em questões de aspecto Legislativo. Embora a proposta do Decreto parecesse atual, naquela época, as limitações e restrições já se encontravam nas Compilações Romanas, de modo que as Grandes Codificações as mantiveram³³⁷. O Legislador tomou a medida para evitar

poder e a autoridade desapareceu e deixou lugar a outras oposições – entre Estado e Nação, Estado e Sociedade civil, Estado e Mercado - que alimentaram o debate institucional. Mas ela volta à superfície hoje com a "regulação", que leva a distinguir as funções de "operador" (que tem o poder de agir) e de "regulador" (que tem autoridade sobre esse poder). Essa distinção repousa numa ideia simples: o Estado providência herdou a função de grande Regulador dos mercados; mas é também um operador econômico suscetível de infringir impunemente as leis do Mercado ou de modificá-las a seu favor (assim como, aliás, outras liberdades, como a liberdade de informação); quando existe esse risco de confusão, conviria, portanto, privá-lo de uma ou outra dessas funções (até mesmo das duas, nas versões mais radicais dessa tese). A função de regulação será então confiada a uma Autoridade criada especialmente para isso. Esse *recrudescimento de "Autoridades"* não deixa de lembrar a grande questão que deu origem na França, no final dos anos 1930, ao próprio conceito de Direito Social. Os juristas que pensaram esse Direito tinham tomado consciência do fato de que um conflito social não pode depender dos métodos judiciais habituais, consistentes em reportar um litígio a uma regra já definida (esteja essa regra contida numa lei ou num precedente judiciário). De fato, o conflito social a maior parte do tempo tem como objeto a adoção de uma regra nova. É por isso que esses juristas tinham depositado tanta esperança na criação de uma magistratura social, dotada de grandes competências socioeconômicas e capaz, através da arbitragem desses conflitos, de edificar um Direito Social, realmente indexado à evolução do mundo do trabalho e não à relação das forças econômicas e políticas. Paradoxalmente, não é na área social, mas na área econômica que essa ideia está prosperando hoje. Daí um desequilíbrio entre uma esfera econômica, sede de Autoridades, e uma esfera social despojada de Autoridades, que faz que ocorram, em oposição do econômico e do social, todos os seus efeitos perversos. As Autoridades incumbidas dos mercados estimam, de fato, não ter de levar em consideração a dimensão social dos problemas com que lidam. Isto não quer dizer que essa dimensão não exista, mas que nenhuma instância está habilitada para autorizar os Estados a excepcionar considerações sociais para limitar o funcionamento do Direito da Concorrência. Isso leva a decisões suscetíveis de destruir com uma só penada as condições materiais de existência de sociedades inteiras, sobretudo as mais pobres. (SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. 1ª Edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 193-195 e 197-198)

³³⁶VANNEY, Maria Alejandra. Ius, Lex y Derechos Subjetivos: una visión Orsiana de la Cuestión. **Persona y Derecho**, n.º 61 (2009). Pp.283-307. P.370-372.

³³⁷Pero antes deseo recordar que aquel pensamiento, independientemente de las condiciones y factores específicos que lo enmarcaron en el siglo XIX, ha solidado presentarse a raíz de las grandes codificaciones, incluso también después de las grandes compilaciones. Así, por ejemplo, algunas de las Constituciones de Justiniano declaraban que la obra legislativa de este emperador era perfecta, prohibían todo comentario privado y reducían la función del juez a términos casi mecánicos, reservando sólo al emperador la interpretación y resolución de las dudas que pudiera suscitar el sentido de la ley. En Prusia, en ocasión de la publicación del *Allgemeines Landrecht*, Federico II dictó ordenanzas análogas a las de Justiniano, las cuales fueron después reproducidas en esa codificación. Tales disposiciones restringían las facultades de los jueces. En Austria, el emperador José II dictó en 1786 una disposición análoga. En Francia el decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790 trató de evitar que el Poder Judicial invadiese la esfera que se consideraba propia del Poder Legislativo y que se apartara en la más mínima de la estricta aplicación literal de la ley. Con tal finalidad, reservaba celosamente a la Asamblea Legislativa el derecho de interpretar la ley, limitando de ese modo la libertad de la interpretación judicial. Dicho decreto, para servir a tales propósitos, creaba además la institución del *référé*, legislativo, no sólo facultando a los jueces para remitir al legislador la resolución de una cuestión jurídica, que apareciese dudosa desde el punto de vista de los textos legales,

que o Judiciário não viesse a legislar³³⁸ elaborando também junto a Assembleia Legislativa a Reforma Judicial, assim organizando o Tribunal de Cassação, pelas leis de 27 de novembro e de 1º de dezembro de 1790³³⁹. Já no que tange a denominação “juiz” vem a surgir do apelo popular ocorrido em 1799, sendo que, o primeiro que utilizou tal denominação foi Napoleão. Esta questão é tão sensível, que alguns historiadores dizem que o fato mencionado serviu de elemento propulsor, fazendo com que viesse ocorrer o apoderamento dos Juizes pelo Poder Executivo³⁴⁰. Nos textos Constitucionais Franceses, que datam de 1791, 1814 e 1958, o paradigma da Separação dos Poderes não é ressignificado, mantendo o sentido clássico reconhecido à Separação de Poderes.

A partir da teorização, Montesquieu concatenou que o Poder Judiciário estaria livre de influências advindas dos demais poderes, pois não teria conexão com o Executivo e Legislativo; porém, sua função seria extremamente limitada, a partir da rígida separação dos poderes³⁴¹. A ideologia jurídica que muito se defende até hoje existe desde o início “dell'Ottocento”³⁴², cingindo de um lado os órgãos Executivos e Judiciais, e de outro dotavam o Legislativo³⁴³ que

sino además exigiendo que así lo hicieran en ciertos casos, cuando por causa de la existencia de contradicciones entre diferentes sentencias sobre el mismo tema, surgiese una grave duda. Todo eso se hacia cuando aún no había un Derecho codificado, pero a la vista de una codificación que ya se veía inminente para el próximo futuro. (SICHES, Luis Recásens. **Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho**. Segunda Edicion. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 190-191)

³³⁸SICHES, Luis Recásens. **Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho**. Segunda Edicion. México:Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 314-315.

³³⁹La Asamblea constituyente francesa, con el fin de asegurar el respeto a la ley, mediante una superior fiscalización, completó la reforma judicial organizando el Tribunal de Casación, por las leyes del 27 de noviembre y de 1º de diciembre de 1790. La función del tribunal de Casación consistía meramente en la vigilancia estricta y severa del mecanismo judicial en aplicación de las leyes. El artículo 1º decía: se establecerá un Tribunal de Casación cerca del Cuerpo Legislativo. Es decir, se intentaba que el Tribunal de Casación no formase parte propiamente del Poder Judicial, sino que fuera algo separado de éste y con un rango superior a éste, algo así como una prolongación del Poder Legislativo, del cual recibía un mandato para vigilar, fiscalizar o inspeccionar la aplicación de la ley. Aparte de otras cuestiones de importancia menor, la misión principal del Tribunal de Casación era la de anular toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley. Se prohibía formalmente al Tribunal de Casación conocer del fondo del asunto; y se especificaba que no debía casar, anular una sentencia, nada más que cuando ésta contuviese una infracción flagrante de la ley. (SICHES, Luis Recásens. **Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho**. Segunda Edicion. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 191-192)

³⁴⁰BENÍTEZ GIRALT, Rafael. **El papel del juez en la democracia**: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 3.

³⁴¹Cada uno de estos tres Poderes debía aparecer separado de los otros dos y con su propio titular. De otro modo, no estando separados estos Poderes, sino unidos en la misma persona o bajo el mismo órgano de autoridad, no podría existir a libertad política de ciudadano. Así ocurre, sobre todo, cuando el Poder Judicial no aparece separado del Poder Legislativo y Ejecutivo: Si se confundiese con el Poder Legislativo, la vida y la libertad de los ciudadanos se hallarían regidas por la arbitrariedad, pues el juez seria legislador. Y si se confundiese con el Poder Ejecutivo, el Juez podría convertirse en opresor. (STAMMELER, R.. **El Juez**. Habana: Cultural S.A., 1941. P. 95)

³⁴²COMADUCI, Paolo. **L'interpretazione delle norme giuridiche**. La problemática attuale. In: Interpretazione e diritto giudiziale. Vol 1. Regole, metodi, modelli. Ed. M. Bessone. Torino: Giappichelli, 1999. Pp. 1-20

³⁴³NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito**. Coimbra: Editora, 1987. P. 36.

detinha – e até a contemporaneidade detém – sob sua posse, a democracia representativa, que eleva o Estado de frente ao cidadão, isto é, a que marca a maior distância entre este e aquele³⁴⁴.

A partir da rígida separação, constrói-se uma conceituação negativa, orgânica, abstrata e formal do Poder Judicial, no sentido em que os atos são aí definidos não pelo seu conteúdo, carácter ou matéria sobre a qual incidem, mas principalmente pela forma através da qual são exercidos e pelo órgão do qual emanam, vedando o juiz de interpretar a lei em termos concretos e abstratos.^{345,346}

A estrita separação de poderes engendrou uma frágil magistratura, essencialmente confinada ao julgamento dos litígios privados; ela originou um legislativo sem controle; e enquanto ramificação separada dos Tribunais Administrativos, não emergiu com no, êxito, nem mesmo, igualmente, conseguiu um Executivo sob controle. [...] É muito significativo o fato de que a própria França, onde a doutrina de separação de poderes surgiu, e onde ela sempre foi proclamada, está em vias, depois de algum tempo, de se dirigir neste sentido (assim como em outros países europeus continentais): descartar-se de um rígido sistema de separação de poderes e caminhar na direção da gradiação aplicação de um eficaz sistema de *controles recíprocos onde o crescimento do Poder Judiciário é, naturalmente, um necessário instrumento complementar do equilíbrio*.³⁴⁷

A partir do exposto por Montesquieu e das formulações Constitucionais francesas, é possível concordar com Ovídio Baptista “*A teoria da separação de poderes, atribuída a Montesquieu, na verdade, é mais um mito do que uma realidade. O célebre filósofo francês não a defendeu, como geralmente se supõe, e não considerou o Judiciário como um Poder, de vez que, ao referir-se ao Poder Judiciário num Estado Democrático, Montesquieu afirmou ser este invisível e nulo, pois os juízes não são senão a boca da lei.*”

*nelle forme di governo parlamentare, come per esempio quella italiana, tra potere legislativo e potere di governo – in contrasto di nuovo con la dottrina di Montesquieu – c'è piuttosto con-divisione sia organica che funzionale che non separazione, essendo il governo sottoposto alla fiducia e al controllo del parlamento, che può esprimergli la sfiducia, e il parlamento al potere di indirizzo politico del governo e a quello di scioglimento, condiviso a sua volta dal presidente della Repubblica e dal presidente del Consiglio; laddove il **potere giudiziario è separato***

³⁴⁴CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1942 P. 129-130

³⁴⁵GARAPON, Antonie. **O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 188-189.

³⁴⁶En realidad, mientras el negar a los jueces la facultad de interpretar las leyes en abstracto respondía a la más recta noción de los límites entre poder legislativo y poder judicial, el negarles también la facultad de interpretar las leyes en concreto, caso por caso, para adaptarlas a medida que la oportunidad se presentase a los siempre varios y nuevos casos particulares controvertidos, venía, por una parte, a negar al poder jurisdiccional su funcionamiento práctico, y por otra, al atribuir al poder legislativo la interpretación en concreto, desnaturalizaba el carácter de generalidad y abstracto que deben tener todas las disposiciones dadas por este poder. (CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1945. P. 46)

³⁴⁷CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Volume I Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 233-234.

*dagli altri poteri, essendo i giudici titolari in via esclusiva della funzione giudiziaria, nominati per concorso e sottoposti soltanto alla legge nonché, per quanto concerne la loro carriera, a un organo di autogoverno. Senza contare le soluzioni intermedie e le innumerevoli varianti che nei diversi sistemi contrassegnano le forme così della rappresentanza politica come della divisione e della separazione.*³⁴⁸ (g.n)

O jurista não é um intérprete do direito, mas um intérprete da vontade imanente do legislador.^{349,350} É colocado uma barreira entre o juiz dos fenômenos contextuais, o que é feito com fulcro na chamada força de expansão lógica da lei, onde o juiz deveria, com uma impassibilidade, buscar uma lei emitida anteriormente para solucionar todos os problemas legais futuros. Na medida em que a lei já não mais respondia às necessidades da sociedade, caberia tão somente ao legislador modificar isso e, enquanto o legislador não realizasse essa mudança, a sociedade não restava renovada. Nas palavras de Calamandrei, se o juiz não é nada mais do que um intérprete fiel da vontade do legislador, as qualidades que devem preponderar nele são de perspicácia lógica, raciocínio do pensamento frio, agilidade técnica a serviço da hermenêutica, ferramentas que servirão apenas para apagar completamente os segredos de um texto. Essa realidade é resultado reflexo da Separação dos Poderes³⁵¹.

Notadamente a Jurisdição formou com a separação dos Poderes uma rígida centralidade política na formulação do direito tendo como centro o Estado-Legislator, pois este foi escolhido

³⁴⁸FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872.

³⁴⁹Questo non significa che, nel sistema della formulazione legislativa del diritto, il diritto si identifichi colla legge; al contrario, la legge resta non più h la espressione ufficiale de diritto, la sostanza di cui il legislatore si serve per riempir le sue formule verbali. Esiste prima della legge e al disopra del legislatore; ma, ciò nonostante, dato il principio della separazione dei poteri, il quale vieta al giudice di andare al di là della fonte formale e di verificare la sua corrispondenza con la fonte materiale, il giudice non è tanto un interprete del diritto, quato un interprete della manifestazione di volontà emanante dal legislatore; così, mentre nel sistema della formulazione giudiziaria il giudice legge il diritto nel texto originale, nel sistema della formulazione legislativa il giudice può leggerne soltanto la traduzione, più o meno corretta, che il legislatore ne ha fatta nelle sue leggi. (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 15-17)

³⁵⁰O trágico produto do Racionalismo – que se esmerou em tornar o Direito uma ciência, segundo o modelo matemático – foi dar-nos um juiz irresponsável, metódica e institucionalmente irresponsável, cuja missão está limitada a declarar as injustiças cometidas pelo legislador. Como dissera Thomas Hobbes – demarcando, com singular genialidade, os espaços do Direito moderno – a Justiça não é um problema a ser resolvido pelos juízes. Quem proclama o que é o justo é o Legislador. O juiz deve aplicar a lei, sem preocupar-se com a justiça. Ele não é responsável pela injustiça que comete. O sonho da Ilustração europeio de transformar o Direito numa ciência exata, segundo os padrões epistemológicos das matemáticas, determinou que o processo civil se tornasse uma ciência rigorosamente formal; uma ciência abstrata, de formulas puras e normas vazias, preparadas para uma jurisdição cuja tarefa estaria reduzida a verbalizar a vontade do legislador, ou a vontade do Poder. Uma espécie de oráculo da Lei. Os que desempenham atividades forenses funcionam neste contexto. Tem-no como princípio estruturante de sua mister (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Da Função à Estrutura**. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. (orgs.) Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 93)

³⁵¹...ma, ciò nonostante, dato il principio della separazione dei poteri, il quale vieta al giudice di andare al di là della fonte formale e di verificare la sua corrispondenza con la fonte materiale, il giudice non è tanto un interprete del diritto, quato un interprete della manifestazione di volontà emanante dal legislatore. (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 68-69 e 15-17)

ao domar as violências humanas, e com isso centrou a representação democrática em sua soberania, e com isso teve que aprisionar o Poder Judiciário e os indivíduos de sua sociedade civil. O reflexo no tocante a jurisdição é determinar a atividade jurisdicional ao *ius dicere*, fazendo do juiz um mero aplicador da lei, de modo que os princípios processuais e os brocardos delimitassem rigidamente a atividade do juiz, separando com isso no Processo as questões de fato e de direito e delimitando sua atividade ao princípio dispositivo em um rigorismo formal ao extremo. O *ius dicere* determina que a decisão seja congruente e apregoada a motivação judicial³⁵² com base no direito subjetivo como lei.

Muito se superou a rígida separação de poderes, pois o Juiz passou a adentrar a seara política em suas decisões, reconstitui em sua estrutura e função delimitadas ambas em uma dogmática que impunha um sem número de limites e responsabilidade ao julgador, em um primeiro momento a Jurisdição se transforma em um palco para as dinâmicas sociais mais relevantes, isso irrompeu em uma profunda modificação sob as suas atribuições.

³⁵²Crise da Motivação. In: CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 67 e segs.

2.1.2 - Da Divisão dos Poderes frente ao Estado Ativo-Responsivo³⁵³

Les institutions ne vivent que par les hommes qui les animent. Sans doute les hommes de justice sont eux aussi sujets aux faiblesses et aux traverses du genre humain: en cela aussi notre justice est humaine. On sait d'ailleurs combien, de tout temps, les gens de justice ont été dépeints avec sévérité, faisant l'objet de critiques vigoureuses comme de caricatures virulestes. Mais il faut aussi combien, exposés aux coups plus que d'autres, les professionnels de la justice sont pétris des qualités que requiert une mission spécialement exigeante.^{354,355}

Com a evolução social do Estado Moderno ao Estado Contemporâneo, necessário se fez discutir o termo poder e, em especial, a relação dos poderes constituídos entre si. Nesse contexto Cappelletti aproximando as teorias da *separação* e a *divisão de poderes*, apresenta a França como precursora, tendo fornecido o exemplo mais influente e antigo dessa relação imbricada dos termos em comento. É sabido que a Revolução Francesa havia proclamado o ideal da rígida Separação dos Poderes, ideal cuja profunda diferença, em relação à doutrina americana de *check and balances*, nunca se poderá sublinhar suficientemente³⁵⁶: “*Pienso por tanto que la clásica división de poderes del siglo XVIII que se remonta a Montesquieu es hoy inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las democracias contemporáneas.*”.³⁵⁷

A teoria³⁵⁸ elaborada pelos Norte-Americanos expressa-se junto às primeiras Constituições, formulada a partir dos primeiros ideais iluministas, mas com aspecto marcadamente utilitarista. A base da teoria americana utiliza A Separação dos Poderes; entretanto, diferente da rígida separação, estabelece uma verdadeira Divisão dos Poderes: por serem “utilitaristas”, no sentido de serem mais *práticos*, as primeiras Constituições são

³⁵³Demonstra-se em um primeiro momento a Separação dos Poderes e, no presente subcapítulo passa-se para a divisão de poderes: a Separação dos Poderes é uma figura organizativa oposta à Divisão dos Poderes, para mais em: FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 867.

³⁵⁴KERNALEGUEN, Francis. **Institutions Judiciaires**. Paris: Litec, 1999. P. 45 e segs.

³⁵⁵Podemos dizer que o juiz é, apenas, a voz que pronuncia as palavras da lei? Podemos dizer que é um ser inanimado? Parece-me que não. Essa concepção representa um excesso à lógica formal, a expensas da lógica viva. **O juiz não pode ser um símbolo matemático**, porque é um homem; o juiz não pode ser a boca que pronuncia as palavras da lei, porque **a lei não tem possibilidade material de pronunciar todas as palavras do direito**; a lei procede tendo por base certas simplificações esquemáticas e a vida apresenta, diariamente, problemas que não puderam entrar na imaginação do legislador. Quanto a lei cai no silêncio, podemos dizer – seguindo a metáfora do poeta – que esse silêncio está povoado de vozes...Quando o juiz dita sua sentença, não é só um intérprete das palavras da lei, mas também de suas vozes misteriosas e ocultas (COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970. P. 82)

³⁵⁶CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 48.

³⁵⁷FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008. P. 104-105.

³⁵⁸CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologia e Sociedade**. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 231.

construídas sob um direito costumeiro que reformula a técnica, chamando-a de *check and balances*.

A Divisão dos Poderes^{359,360} abrange todos os aspectos de interesse público³⁶¹, como interesses de governo ou de garantia, e respondem ainda a exigência de que todo ato de poder está sujeito a cooperação e ao controle ou a revisão e a revogação ou recurso ou anulação em razão da (i)legitimidade ou (in)oportunidades. Portanto, a divisão (mesmo) de Poderes entre os órgãos diversos, tem o fim de assegurar o controle e - ou a cooperação mútua. Pode-se afirmar que a articulação do Poder, em virtude do qual, graças aos controles recíprocos e dos contrapesos e do balanceamento, a competência entre uma única e mesma função é dividida entre instituições ou organismos e-ou diferentes funcionários, a fim de delimitar o poder de um para o outro³⁶².

Conforme apontado, a Divisão de Poderes tem como seu nascedouro os Estados Unidos da América pela ampla influência da Inglaterra. Ocorre a partir desta análise um forte

³⁵⁹La division de poderes significa, en primer lugar, una diversificación de funciones. El Régimen se diversifica según que dé ordenanzas generales o aun concretas (órdenes) y las eecute o que, por último, las interprete y aplique a fin de resolver controversias. La division de poderes, dentro del Régimen único, significa, en segundo lugar, una independencia relativa del contenido de cada uno de ellos del los otros dos. Los mandamientos del poder legislativo no determinan con univocidad su especificación y ejecución por el poder administrativo, ni tampoco su interpretación y aplicación en atención a controversias por el poder judicial. El juez no es meramente “la boca de la ley”, coforme opinaba Montesquieu, ni es tampoco la administración, meramente su brazi. Se trata más bien de trizillizos siameses que, aunque indisolublemente unidos entre si, poseen, sin embargo, personalidades independientes. La division de poderes, en tercer lugar, postula la mutua independencia de los tres grupos de personas (legisladores, administradores y jueces) que los encarnan. La division de poderes, com especial consideración del poder administrativo, lo somete, pues, tanto a la legislación (principio de la legalidad de la administración) como a los tribunales, sea a los tribunales ordinarios, sea a tribunales especiales de lo contencioso-administrativo. En este último aspecto recordamos la reciente ley española de la urisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. También urge destacar que la division de poderes exige el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Este reconocimiento se ha abierto brecha paulatinamente contra doctrinas adversas, como la anglojasona, condensa en e adagio: The king can do no wrong. Menionamos, en Francia, el Arrél Blanc de 1873; en Alemania, el art. 131 de la Constitución de Weimar; y en España, el art. 121 de la ley sobre expropiación del 16 de diciembre de 1954 y los arts. 40 e 41, Ley de régimen de la Administración del Estado de 1957. En la Argentina se inicio la buena tesis por la Corte Suprema a partir del caso Devoto, Tomás (S. 22, IX, 1933, en ur. Arg. T, 43, pags. 416 a 420). (GOLDSCHIMIDT, Werner. **Introducción al Derecho** (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar. P. 128-129)

³⁶⁰STAMMELER, R. **El Juez**. Habana: Cultural S.A., 1941. P. 96.

³⁶¹O Interesse Público: são todos os valores pelos quais a sociedade se assenta. GENY, François. **Método de Interpretación y Fuentes em Derecho Privado Positivo**. 2ª Ed. Madrid: Editora Reus SA., 1925.

³⁶²A esto hay que añadir que, en la practica, la división de poderes no puede establecer siempre tan nítidamente, que se encomiende cada Poder e un órgano especial, absolutamente ajeno a la competencia de los otros dos. Lejos de ello, sus esferas de acción se mezclan y entrecruzan, no pocas veces. En Inglaterra, la Cámara de los Lordes, que actúa fundamentalmente como órgano legislativo, interviene en ciertos asuntos de importancia como Tribunal Judicial; el Pretor Romano, tenia poderes de creación de Derecho. Y si nos fijamos en las actividades administrativas, vemos que en ellas intervienen también los Parlamentos, es decir, el Poder Legislativo (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 194-196 e 864)

deslocamento em benefício ao Poder Judiciário por diversos fatores³⁶³. A Suprema Corte³⁶⁴ existiu diante do ordenamento Americano, desde a fundação de sua Confederação, sendo atribuído a função de controlar a constitucionalidade das leis, e de acolher as reclamações dos particulares lesionados por lei (s) inconstitucional(is). Compreende-se que a competência que era atribuída à Suprema Corte sobre a conformidade das leis com os princípios fundamentais do Estado não tem nada em comum com a função própria do Tribunal de Cassação, que consistia em controlar o modo pelo qual as leis são observadas e aplicadas pelos juízes³⁶⁵.

³⁶³Entrementes, as relações de poder sofreram um deslocamento fundamental e duradouro em benefício do Poder Judiciário. Um primeiro fortalecimento está contido no aperfeiçoamento imane do Estado de direito em Estado judicial e de recursos processuais. Hoje, os tribunais, por assim dizer, têm competência para quase qualquer ação. Na condição de tribunais de contenciosos administrativos, previdenciários e fazendários, eles também têm competência para o Poder Executivo. Um segundo fortalecimento é devido ao desenvolvimento do Estado de bem-estar social. Como o Executivo não aparece aqui armado com a espada, mas com a cornucópia, ou seja, com os recursos do erário público, ficando sujeito a regras detalhadas nas suas prestações de serviço, viu-se consideravelmente reduzido o poder do Executivo de moldar a sociedade. Em terceiro lugar, "o poder de comando no erário público" perdeu o seu poder de moldar, em parte devido aos custos salariais e previdenciários, juridicamente vinculantes, em parte por causa do elevado nível da dívida pública, não em último lugar em virtude do fato de a cota de participação do Estado no Produto Social Bruto ser muito elevada. E o poder do Judiciário aumenta onde o poder do Executivo e do Legislativo diminui. Na medida em que tais fortalecimentos do poder do Judiciário servem ao Estado de direito, resulta um quarto fortalecimento de uma timidez que o legislador manifesta na regulamentação de determinadas áreas e por meio da qual ele se enfraquece desnecessariamente. Especialmente no direito trabalhista o Judiciário se converteu, por assim dizer, em legislador supletivo. Um quinto fortalecimento do poder, desejável em termos de teoria da justiça, reside no direito do indivíduo de recorrer contra intervenções inconstitucionais do poder estatal ao tribunal constitucional ou ao Superior Tribunal Federal, e.g., apresentando recursos de inconstitucionalidade. No entanto, um sexto acréscimo de poder, especialmente relevante, não é destituído de problemas: refiro-me ao direito de um tribunal constitucional ao controle abstrato das normas, rejeitado por sociedades democráticas, como a da Grã-Bretanha, da Suécia e da Suíça. Mesmo onde um tribunal é investido da competência de decidir sobre a compatibilidade de leis com disposições constitucionais, ele deve submeter-se ao "etos da autovinculação" e restringir-se a uma segunda interpretação controladora. Não tendo competência para decidir acerca de inovações políticas, ao tribunal constitucional só pertence averiguar se o legislador se atém à Constituição. (HOFFE, Otfried. **O que é justiça?** Porto Alegre: Edipuc, 2003. P. 69-70)

³⁶⁴Quanto ao tema referente à Suprema Corte Norte-Americana em análise juntamente com a Brasileira faz importante pesquisa Jobim, ver: JOBIM, Marco Félix. **O que Marbury v. Madson tem a ver com o Controle de Constitucionalidade de leis na Constituição da República Federativa do Brasil?** In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix. *Controvérsias Constitucionais Atuais*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2014. e JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013.

³⁶⁵Concediendo una extraordinaria transcendencia a esta analogía absolutamente exterior entre un instituto inglés y el instituto creado por la Revolución francesa alguien afirmó de una manera terminante que el Tribunal de Casación debe su origen al ordenamiento judicial de Inglaterra, puesto que, correspondiendo a la Cámara de los Lordes juzgar en última instancia de los recursos contra las sentencias de los tribunales inferiores, basadas sobre un error in law (véase, más adelante, cap. XXVIII), se encuentra en ello el primer ejemplo típico de un control ejercido por el poder legislativo sobre el poder judicial, al objeto de impedir que los jueces se salgan de la órbita de su oficio. Pero, en realidad, el recurso de casación del ordenamiento francés, desde su nacimiento, nada tuvo de común con la appeal inglesa a la Cámara de los Lores, en la cual no se encuentra ni siquiera la huella de aquella finalidad Política de nomofilaquia que constituyó en Francia la razón de ser del instituto: en efecto, el oficio de tribunal supremo se atribuye en Inglaterra a la Cámara de los Lores, no en cuanto la misma es un órgano legislativo, sino en cuanto constituía históricamente el greit covncil dei soberano, al cual corresponde, como a juez supremo, dictar la última sentencia sobre las controversias ya decididas por los jueces inferiores y la appeal a la Cámara de los Lores no es un recurso al órgano legislativo para advertirle que el poder judicial se ha negado a obedecer la ley, sino que es simplemente, como demuestran también las fórmulas que el recurrente debe emplear ante este consejo una reclamación dirigida, en el puro interés de la justicia, al soberano, fuente de toda jurisdicción. (CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial biblográfica Argentina, 1945. P. 32-33)

nell'esperienza americana, sia statunitense che latino-americana, la rappresentatività politica, diretta o indiretta, è tendenzialmente un connotato di tutti i poteri, incluso quello giudiziario; in essa inoltre, mentre il potere legislativo e quello esecutivo sono tra loro separati, non potendo l'uno sfiduciare o sciogliere l'altro, il potere giudiziario – in contrasto con la classica separazione montesquieviana – è condiviso organicamente con altri poteri nella misura in cui giudici o pubblici ministeri sono eletti dal medesimo elettorato da cui sono eletti i membri degli organi legislativi o di governo, oppure sono da questi direttamente nominati.³⁶⁶ (g.n)

O Estado Ativo-Responsivo faz ressurgir a velha distinção entre o poder e a autoridade, retirando os resquícios de soberania monárquica do Legislador³⁶⁷, partilhando entre ambos os poderes essa *auctoritas*, com isso o Estado-Legislador, junto ao sistema de Divisão de Poderes, passa a ser órgão de representatividade e não de expressão do poder do Estado, importante para a ressignificação da Jurisdição. O Estado tem como condão reestruturar a ideologia da representatividade do povo via democracia representativa, eis que esta nada mais seria do que um mito,³⁶⁸ aderindo assim, os demais órgãos um amplo exercício aos cidadãos ativos, permeando a divisão dos Poderes uma democracia participativa, afigurando a tutela de interesses e garantias protegidas pelo Estado.

Nesse novo contexto, fruto do Estado Ativo-Responsivo, surgem novas dimensões do termo democracia, dentre elas a formal e a substancial, momento em que sua dimensão material encontra-se sujeita à ordem normativa, em especial nas Constituições Democráticas^{369,370}, tendo

³⁶⁶FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872.

³⁶⁷SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 189.

³⁶⁸No cabe duda que a participación ha pasado a ser un expediente para justificar el consenso. Por ello, si el ciudadano desea expresar su disenso ¿qué puede hacer? Si vota en contra del partido mayoritario, su voto no tendrá efecto alguno; si se abstiene de votar, no está siendo reconocido como ciudadano; por ello, si no opta por una manifestación de tipo violento, su comportamiento – de acuerdo con la teoría del consentimiento tácito de LOCKE – acabará siendo interpretado como de total aquiescencia. En definitiva, no cabe más que aceptar la realidad de que este elemento configura un elemento más del **mito de la democracia**. (VANNEY, María Alejandra. **Libertad y Estado**. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009. P. 375)

³⁶⁹Se la dimensione formale della democrazia costituzionale è espressa dalle sue norme di riconoscimento, la dimensione sostanziale è espressa dalla sua ragione sociale: la quale, al pari della ragione sociale dettata dallo statuto di qualunque altra istituzione, è un insieme di meta-norme sostanziali poste a garanzia di aspettative stipulate a loro volta da norme sostanziali. Nella democrazia costituzionale, si è visto, queste aspettative sono i diritti fondamentali: i diritti di libertà, nella cui garanzia risiede la dimensione liberale, e i diritti sociali, nella cui garanzia risiede la dimensione sociale della democrazia. «La dichiarazione dei diritti contiene le obbligazioni dei legislatori», dice l'art. 1 della seconda parte della Costituzione francese del 1795, qui formalizzato dalle tesi. E queste obbligazioni altro non sono che i limiti e i vincoli fondamentali nei quali consistono, rispettivamente, le garanzie dei diritti di libertà e quelle dei diritti sociali. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 926)

³⁷⁰In tutte le costituzioni democratiche moderne è proclamata, coe essenziale garanzia di giustizia, la indipendenza dei giudici e della magistratura. Nei regimi totalitari il giudice non è indipendente: è un organo politico, è uno strumento dei regni. L'indipendenza del giudice può assumere il suo pieno significato soltanto nelle

como consequência o papel de garante dos direitos fundamentais estabelecidos normativamente, procedimento expresso por sua razão social refletida na garantia de justiça³⁷¹, sendo estes os fundamentos de legitimação da jurisdição e de independência³⁷² do Poder Judicial, frente aos poderes legislativo e executivo³⁷³.

Essa nova dimensão democrática que a democracia material apresenta, no outro vértice, a dimensão formal da política cingindo-se em duas formas, sendo a primeira política, que corresponde è assicurata “*dalla legittimazione rappresentativa delle funzioni di governo,*

democrazie fundante sul principio della separazione dei potere. (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 651)

³⁷¹La più classica e importante delle funzioni di garanzia è certamente quella giurisdizionale, che svolge un ruolo centrale, quale funzione di garanzia secondaria, nella vita del diritto. Si tratta infatti di una pubblica funzione, la cui previsione e organizzazione appartengono a quella che più oltre chiamerò la «dimensione formale» della democrazia costituzionale, ma che al tempo stesso, consistendo nella garanzia secondaria dei diritti fondamentali in essa stabiliti, è il principale fattore dell’effettività di quella che chiamerò la sua «dimensione sostanziale». Della giurisdizione è ora possibile formulare una definizione sufficientemente esplicativa. Disponiamo infatti di tutti i concetti a tal fine necessari: funzione giudiziaria, garanzia secondaria, accertamento, annullabilità e annullamento di atti invalidi, responsabilità, condanna e sanzione di atti illeciti e, per altro verso, applicazione formale e sostanziale, conformità e sussunzione, interpretazione operativa e prova. Sappiamo inoltre che la funzione giudiziaria consiste nella garanzia secondaria dell’annullabilità degli atti invalidi e della responsabilità degli atti illeciti, ossia nell’obbligo in capo ai giudici di pronunciare l’annullamento dei primi e la condanna per i secondi. Possiamo perciò identificare la giurisdizione con l’esercizio di tale funzione. Precisamente, possiamo definirla come l’esercizio della funzione giudiziaria che, ove accerti un atto invalido o un atto illecito, consiste nell’annullamento del primo o nella condanna del secondo in applicazione, quali norme secondarie sulla sua produzione, delle stesse norme da essi violate. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 879-880)

³⁷²L’idée d’indépendance judiciaire apparait pour la première fois en Angleterre à la suite de l’échec de l’instauration de l’absolutisme. Il est vrai que déjà, depuis le XIIème siècle, une catégorie de juristes professionnels ou d’avocats s’était développée dans ce pays, et regroupée en corporations (inns of court) au sein desquelles étaient nommés les juges qui administraient la common law. La justice était une attribution de roi, et c’est pourquoi nommer ou révoquer les juges en toute liberté était considérée comme la seule prérogative de la couronne. La fonction judiciaire pouvait être exercée tant que durait la faveur royale. Cependant, au long du XVIIème siècle, l’Angleterre résiste aux tentatives d’instauration d’un authentique régime absolutiste, similaire à celui qui triomphait alors sur le continent. L’une de ses manifestations est précisément la lutte pour l’indépendance judiciaire, lutte qui prit naissance lors de la polémique opposant le juge Coke au roi Jacques 1er. Dans cet ordre d’idées, le cas des Prohibitions del Roy (1607) est extrêmement représentatif: sur la base d’une interprétation volontairement historiciste de la common law, Coke refuse au monarque la faculté de juger sur quelque cause que ce soit². Mais c’est seulement lors de la Glorious Revolution de 1688 que furent définitivement imposés les principes libéraux. En ce qui concerne plus spécifiquement l’administration de la justice, ces principes libéraux se concrétisèrent en 1688 avec la Bill of Rights qui abolit les tribunaux conciliaires ou de prérogative, c’est à dire, les tribunaux instaurés en marge de la common law et dépendants directement du roi. Ils prirent également forme à travers un nouveau statut judiciaire recueilli dans l’ Act of Settlement de 1701. Cette loi constitue encore aujourd’hui un des fondements de la fameuse “constitution non écrite” du Royaume Uni. Elle dispose, entre autres, que, “les commissions des juges se feront quamdiu se bene gesserint et que leurs salaires seront prévus et déterminés; mais c’est selon l’avis des deux chambres du Parlement que seront considérés licites ou non leur modification”. Ce précepte fut ensuite complété grâce à une loi de 1760, en vertu de laquelle les juges ne seraient pas systématiquement révoqués à la mort de chaque monarque. Ces deux règles qui par la suite ont été reproduites dans plusieurs textes de loi, sont toujours au cœur du statut juridique du juge anglais (DÍEZ-PICAZO, Luis María. La fonction juridictionnelle. **InDret**, vol.1, Pp.1-18, Março 2009.P. 5)

³⁷³Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: La Ley del más débil. 4º Edición. Editorial Trotta, 2004. P. 26-27)

affidate asoggetti eletti tramite l'esercizio di quei diritti fondamentali che sono i diritti politici, non ché dalla loro interna divisione e dalla loro separazione dalle funzioni di garanzia, legittimate invece dalla rigida applicazione, non solo formale ma anche sostanziale, della legge”, e a segunda é cível, que “è invece assicurata dall'affidamento al solo esercizio dei diritti civili di autonomia della disponibilità delle situazioni appartenenti alla sfera privata”³⁷⁴.

Importante esclarecer que a legitimação em comento encontra respaldo, também, em sua confiabilidade³⁷⁵, sendo uma cisão entre dois tipos de divisão, uma orgânica e a outra a funcional³⁷⁶, isso sem adentrar ao mérito das mesmas.

Na atualidade o balanceamento de poderes³⁷⁷ (*check and balances*) entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário, não somente é compatível com a produção judiciária do

³⁷⁴La dimensione politica è assicurata dalla legittimazione rappresentativa delle funzioni di governo, affidate asoggetti eletti tramite l'esercizio di quei diritti fondamentali che sono i diritti politici, non ché dalla loro interna divisione e dalla loro separazione dalle funzioni di garanzia, legittimate invece dalla rigida applicazione, non solo formale ma anche sostanziale, della legge. La dimensione civile è invece assicurata dall'affidamento al solo esercizio dei diritti civili di autonomia della disponibilità delle situazioni appartenenti alla sfera privata. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 926)

³⁷⁵Et si les parlementaires tiennent leur légitimité du suffrage, les juges, eux, tiennent leur légitimité du respect et de la confiance que suscitent leur indépendance, leur courage, et la fermeté et la dignité de leur attitude. Un parlementaire qui cesserait d'être élu perdrait sa légitimité de législateur ; un magistrat qui cesserait de susciter le respect et la confiance ensuite de la perte de son indépendance, de son courage ou de la fermeté et de la dignité de son attitude perdrait sa légitimité de juge. Raymond de Ryckère a tiré de cette théorie des conclusions pratiques du plus haut intérêt pour le droit constitutionnel et pour le droit des relations entre l'ordre juridique de la Puissance occupante et celui de l'État occupé. (CANIVET, Guy. **Activisme judiciaire et prudence interprétative**. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/publications_2201/prudence_interpretative_9936.html>. Acessado em: 25/12/2017)

³⁷⁶La seconda norma di riconoscimento della democrazia costituzionale, dopo il principio della rappresentanza politica, è dunque quella specifica forma di distribuzione che è la divisione del potere, non a caso esclusa, non meno della soggezione del sovrano alla legge, dalla dottrina hobbesiana dello stato assoluto. Come si ricorderà, ho a suo tempo distinto due tipi di divisione: la divisione organica, consistente nel fatto che i titolari di una pubblica funzione sono designati da altri funzionari, e la divisione funzionale, consistente nel fatto che gli atti precettivi con cui la funzione è esercitata sono commessi collettivamente da più funzionari e/o da funzionari diversi da quelli che compiono uno o più atti ad essi strumentali. È chiaro che ambedue questi tipi di divisione generano una forma di interdipendenza tra i soggetti titolari di una medesima funzione. La divisione organica determina gradi più o meno intensi di dipendenza soggettiva a seconda che comporti o meno, in capo a taluno dei funzionari tra i quali la funzione è divisa, il potere di revoca oltre che di nomina degli altri. La divisione funzionale, cui può aggiungersi o meno quella organica, consiste a sua volta in gradi diversi di interdipendenza oggettiva, a seconda che consista nel concorso di più persone nell'esercizio de medesimo potere o nel potere di un funzionario di autorizzare, oppure di istruire, oppure di approvare, oppure di riformare il provvedimento di un altro. Tutti i poteri pubblici – possiamo ben affermare – sono almeno funzionalmente divisi, se non altro grazie alla forma del procedimento (legislativo, o amministrativo o giudiziario) illustrata nel § 9.5 e richiesta di solito dalle norme formali sulla produzione degli atti precettivi che ne sono esercizio. In tutti i casi la divisione del potere, sia essa organica o funzionale, è finalizzata al controllo, formale o sostanziale, della validità o dell'opportunità dei provvedimenti con cui le funzioni divise sono esercitate. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 194-196)

³⁷⁷Strutturalmente diversa, perché affidata alla forma del procedimento, è la divisione del potere inter-organica, cioè tra organi diversi, taluno dei quali è competente all'emanazione dell'atto precettivo o decisionale, mentre altri sono competenti all'emanazione dei suoi atti strumentali, come l'autorizzazione, il nulla osta, i pareri, la ratifica, l'approvazione, la conferma, l'annullamento e simili. Qui le ragioni della divisione funzionale sono le più diverse: non solo quelle del controllo, sia esso di forma o di sostanza, preventivo o successivo, dell'operato di un organo

direito, como exige, a rigor, a participação de juízes na função legislativa. A participação dos juízes na legislação negativa foi registrada quando da possibilidade da interpretação judiciária como fonte supletiva da lei (não do direito), que surgiu na Inglaterra no sistema *commow law* e, em seguida, nos Estados Unidos com o sistema de revisão judicial³⁷⁸, marco histórico que propiciou uma crescente intervenção dos órgãos do Poder Judiciário no processo legislativo, conhecido na atualidade pela alcunha de ativismo dos órgãos jurisdicionais³⁷⁹.

Importante destacar que as técnicas Constitucionais Contemporâneas, instituídas sob o manto ideológico do Estado Democrático de Direito, exigem um maior esforço dos órgãos jurisdicionais, forçando o seu caráter Ativo o que faz superando, nesse novo contexto, o Estado Reativo (arquitetado junto ao modelo de Estado Liberal e Social), ambos de gênese contratual, os quais dimensionavam a política como filha da democracia representativa. Nessa nova quadra da história, a democracia representativa vem sendo superada por uma democracia participativa, na qual os partícipes (cidadãos ativos, tomando a frente da descoberta de novos problemas e de aspirações incipientes³⁸⁰) do jogo democrático encontram na Jurisdição uma importante guarida para os anseios sociais, eis que nascem com o advento de três legisladores momento em que, dentre eles, o de terceiro grau, na figura do juiz legislador, apresenta-se como sendo o mais relevante. É neste norte que Bonavides engenha tal ideário conceituando os três legisladores, em: legislador de primeiro, segundo e terceiro grau, melhor ensina, que:

Um *legislador de primeiro grau* que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, deparar-se- nos, em escala de verticalidade, o *legislador de segundo grau*, que faz a norma geral

da parte di un altro, ma anche quelle della valutazione, o dell'ausilioo dell'avallo tecnico, oppure del coinvolgimento e del bilanciamento di interessi pubblici diversi. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 197-198)

³⁷⁸La seconda tesi, la dottrina (normativa) del bilanciamento fra organi legislativo, esecutivo e giudiziario, non solo è compatibile con la produzione giudiziale di diritto, ma richiederebbe, a rigore, la partecipazione dei giudici alla funzione legislativa. Tale partecipazione, del resto, si era data più volte prima di Montesquieu, e continuerà a darsi anche dopo: sul Continente, con la registrazione delle leggi da parte dei Parlements e con l'interpretatio giudiziale come fonte suppletiva della lex; in Inghilterra, con il common law e poi, negli Stati Uniti, anche con il judicial review of legislation. Va appena notato che il controllo di legittimità costituzionale ha avuto origine proprio negli Stati Uniti: ossia proprio nel sistema costituzionale che più direttamente si è ispirato alla dottrina montesquiviana del bilanciamento dei poteri. (BARBERIS, Mauro. **Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione**. Em: GUASTINI, R; COMADUCCI, P. *Analisi e Diritto* 2004, a cura di P. Comaducci e R. Guastini. Torino: Giappichelli, 2014. P. 4-5)

³⁷⁹SANTOS, Boaventura de Sousa. **Judicialização da Política**. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>>. Acessado em: 26/12/2017.

³⁸⁰NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 170.

e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar esse múnus constitucional recente a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de reeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, deparar-se-nos o *legislador de terceiro grau*, no estreitamento do funil normativo, a sabe, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes.³⁸¹ (g.n)

A sociedade pela sua natural evolução-transformação (irrupciona-se em um mar de complexidades) busca a superação da rígida separação dos poderes, colocando assim o Poder Judiciário no “*locus*” ou “centro” da discussão democrática. Deste modo, ressignifica-se o Poder Judiciário institucionalizado pelo Pacto Constituinte para que este venha a fazer *jus* ao termo “Poder”, frente à organização Estatal, pois da procura pelo Jurisdicional, ocorre o deslocamento, que gera uma crise estatal que: “*significa básicamente crisis de la soberanía estatal, que se manifiesta en la dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales*”³⁸².

Com as transformações do Estado para um modelo de Estado Ativo-Responsivo, este vem a proporcionar uma ordem democrática e constitucional que, demonstrando permeabilidade a demandas sociais, antigas e novas, põe sob tensão princípios, leis e políticas públicas, no sentido de uma permanente renovação do direito feita com a participação de todos.³⁸³ Ocorre assim, a descentralização da política na Jurisdição sendo que desloca-se a política ao processo³⁸⁴: a jurisdição ressignifica-se para absorver a pluralidade existencial.

Neste contexto, ocorre um processo gradual e visível de condução da Legitimidade do Estado³⁸⁵ que vem a revelar especialmente em seus movimentos e transformações entre às figuras discursivas da Instituição da Lei e da implementação do direito³⁸⁶ pelo Poder Judiciário

³⁸¹BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editora, 2001. P. 21.

³⁸²FERRAJOLI, Luigi. **Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en las crisis del Estado Nacional**. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. P. 110.

³⁸³Importante demarcar a centralidade política da Jurisdição, “a Suprema corte parecia promover o cinirmo de uma filosofia partidarizada da decisão judicial, que colocará em dúvida a possibilidade de haver algum conteúdo na distinção entre direito e política. A discriminação sem controles é estranha ao ordenamento jurídico, não só por permitir que os nove juízes da Suprema Corte transformem suas preferencias em lei, mas sobretudo porque as instituições judiciárias se tornam mais vulneráveis Às pressões do ambiente político. Uma ordem jurídica aberta demais à mudança perde sua capacidade de moderar o poder na sociedade, e assim retroceder à repressão. (NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 9 e 123-124)

³⁸⁴Ver: OST, François. *Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà?* **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P.721-726.

³⁸⁵SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 18.

³⁸⁶COLSON, Renaud. **La Fonction de Juger**. Étude historique et positive. Volume n. 29. Version 1. Presses Páris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 246.

que cria assim um ambiente de expectativas positivas elevadas a seu respeito, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver³⁸⁷. Centra-se assim a atividade do Juiz com efeitos da politização do direito, inegável a importância desse fenômeno para a impulsão de uma fecunda reestruturação dos Códigos de Processo Civil hodiernos.

Assim, como resultado da separação de poderes gestadas na fundamentação do Estado Moderno, surgem os efeitos nocivos dessa sistemática, efeitos estes já denunciados, quanto aos seus reflexos no Processo Civil, por Ovídio Baptista “*O princípio da precedência da cognição sobre a execução, sobre o domínio do princípio superior, de natureza política, da separação de poderes, determina que se tenham como provimentos de simples gestão processual aqueles que não sejam definitivos*”³⁸⁸. Nas palavras do autor, a *separação dos poderes* reflete diretamente no Processo Civil ao impedir que o Estado-juiz tome as devidas medidas para efetivar as tutelas, na medida que o julgador não possui poder para tanto.

Aparece o Estado-Juiz como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o direito³⁸⁹, momento em que o cidadão ativo como sujeito de direitos (destinatário do regime democrático representativo e participativo), encontra diante de si um homem vivo como representante jurisdicional de *auctoritas*, enquanto que o homem do legislador, em um jogo democrático representativo, muitas vezes infelizmente, passa a tratar seus representados como meras marionetes. É somente o contato direto, relacionamento entre homens vivos e autênticos, com suas forças e debilidades, com suas alegrias e sofrimentos, com seu bem e mal, que pode propiciar um novo contexto social fruto dessa visão suprema oriunda do Poder Judiciário^{390,391,392}

Esse novo diapasão só resta possível pelo fato de o Poder Judiciário, pelas Constituições Democráticas Contemporâneas, *ter firmado na sociedade como um poder legítimo para a administração da justiça*, momento em que refundaram o próprio conceito de democracia, sem nem mesmo ter como intenção fazê-lo, eis que pela nova engenharia política, em especial o descrédito dos demais poderes constituídos, tornou-se um importante elemento

³⁸⁷SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 Ed. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 18.

³⁸⁸SILVA, Ovídio Baptista Araújo da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002. P. 24.

³⁸⁹DINAMARCO, Cândido R. **Instrumentalidade do Processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 232-233.

³⁹⁰SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 488.

³⁹¹Ver a importância do caso concreto para o Direito: DAWSON, John Philip. **Gli Oracoli del Diritto**. Napoli: Neçça Sede Dell'Istituto, 2014.

³⁹²Vide nesse sentido: BIN, Roberto. **Il fatto nel diritto costituzionale** Disponível em: < <http://www.robortobin.it/ARTICOLI/Catanzaro2014.pdf> >Acessado em:30/01/2018. P.9-12.

propulsor/garantidor dos ditos direitos fundamentais, acarretando sensível protagonismo quando do exercício de seu poder/função, fruto esse fenômeno da fusão da *auctoritas* e da *potestas* junto à função e a administração da justiça.

Esse novo modelo democrático, entendido como discurso transferencial (diálogo), revela o valor emancipatório da alteridade, mostrando um sentido de autonomia como inscrição dos ideais de temporalidade e superação dos condicionantes de alienação. A autonomia como possibilidade de investir no tempo e na diferença (categorias hermenêuticas)³⁹³. Assim, diante das Constituições Democráticas Contemporâneas, vem ocorrendo a necessária ressignificação da representação política^{394,395} tendo como norma de reconhecimento o fortalecimento da teoria da divisão dos poderes construída pelo modelo Norte Americano que, com o passar das décadas, ganhou nova (re)significação, desprendendo-se do modelo tradicional e rearticulando-se pelo desenvolvimento de uma função substancialmente política, impulsionada por renovadas relações entre o Poder Judiciário e os outros Sujeitos e Poderes Institucionais, colocando-se em uma posição naturalmente pujante em relação aos Poderes Representativos³⁹⁶.

Dos órgãos de soberania que compõe o poder do Estado, o mais vulnerável, o mais exposto às vicissitudes e franquear da organização política, o mais sujeito a reparos, nem sempre justos, é, por sem dúvida, o Poder Judiciário. Chave de todos os equilíbrios sociais suscetíveis de afiançar a estrutura de uma sociedade livre, aberta e democrática, acha-se ele, todavia, no centro de umas das piores crises que estão a convelir o princípio da separação de poderes.³⁹⁷

O modelo tradicional de organização judicial, inspirado no ideal burocrático "racional legal", cultivou o sonho de *cancelar o fator humano*, como se todo o poder estivesse incluído na mecânica das normas gerais e abstratas e que incluía o significado das normas nos próprios textos. O homem foi removido deste sistema que, pelo contrário, reconhece formas de

³⁹³WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. P. 28-29.

³⁹⁴Diremo quindi che una costituzione democratica ha come norme di riconoscimento la rappresentanza politica, la divisione e la separazione dei poteri istituiti dalle sue norme formali, nonché l'autodeterminazione delle situazioni disponibili della sfera privata; mentre ha come ragione sociale la garanzia dei diritti di libertà e dei diritti sociali stipulati come vitali dalle sue norme sostanziali. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 894)

³⁹⁵Constituye éste un tema clásicamente orsiano, pues la juridificación de lo político tiene lugar cuando la potestas asume la auctoritas, sea de modo directo o indirecto, pero con un idéntico fin: conseguir que la administración de justicia actúe bajo los dictados de quien ostenta el poder político, de que el que sabe se ponga al servicio de quien manda dando lugar a una tecnocracia. (VANNEY, María Alejandra. **Libertd y Estado**. La Filosofia Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009. P. 133)

³⁹⁶PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 32.

³⁹⁷BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. P. 73.

responsabilidade somente na "regra das normas" e reduz a nada o que corresponde à subjetividade - subjetividade acusada de ser arbitrária e irracional.

A ideia original da separação de poderes assume um significado diferente: será entendida como uma separação dos poderes menos rígidos governados por uma atitude de cooperação e auto-limitação (autocontrole). Por conseguinte, é necessário, no pleno exercício dos seus poderes, não comprometer os interesses essenciais e a flexibilidade de ação de outros poderes. A fim de contrabalancear os poderes, não se entende que o juiz possua *auctoritas suprema*, mas não há que se negar que o Judiciário exerce uma significativa importância na sociedade atual³⁹⁸: *”No obstante, el desarrollo histórico, político y constitucional del concepto de la división de poderes, que originariamente se consideraba rígido y de aplicación absoluta, ha permitido que los órganos administrativos puedan desarrollar también la función jurisdiccional y, en casos excepcionales, también lo hagan los órganos del Poder Legislativo.”*³⁹⁹

Toda democracia deve aspirar a um sistema de confiança dos cidadãos nas instituições e ao respeito mútuo por seus poderes *“Puede decirse, por tanto, en síntesis, que en el estado legislativo el momento democrático se corresponde con la omnipotencia de la mayoría, mientras el momento de derecho se agota en la primacía de la ley; pero ésta, en tanto que ley ordinaria es una mera manifestación prácticamente incondicionada de esa misma voluntad mayoritaria”*, ocorre que *“[...] sabido es, por una dilatada y dura experiencia, remota y también próxima, que la política –incluso la política democrática– librada a su propia dinámica es incapaz de controlarse a sí misma .”*⁴⁰⁰

⁸² OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P. 717-721.

³⁹⁹ADALID, Mario Melgar. **La Judicatura y su Función Social**. Disponível em <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/23.pdf>> Acesso em 01/02/2018. P.110.

⁴⁰⁰IBAÑEZ, Perfecto Andres. **Derecho y Justicia en el Siglo XXI, mas Difícil Todavía**. Colóquio Internacional - Direito e Justiça no Século XXI.P. 3-5.

Concluí-se, que: *el juez vive sumergido en la política*^{401, 402, 403} e essa aderência do Estado-Juiz na politização do direito é um dos fenômenos mais relevantes nas decisões judiciais, pois a divisão de poderes projeta-se junto ao Estado Ativo-Responsivo a uma profunda ressignificação dos Poderes Estatais. Em um primeiro momento ela volatiliza institutos Processuais e Legais rígidos e, em um segundo momento, a sociedade politiza-se diante do Judiciário, o qual absorve essa politização junto a dinâmica processual. Ocorre essa ressignificação com efeitos da Constitucionalização do Direito.

Disso resulta, uma divisão dos poderes, a qual centra *auctoritas e potestas* na Jurisdição em um modelo de Estado Ativo-Responsivo: descentraliza-se a aplicação de decisões com a política voltada a pressupostos ideológicos do Estado-Juiz e une-se a politização do processo, com a manifestação de pretensões que abarcam questões democráticas relevantes ou que são aderidas pela politização da existência, politização esta construída por cidadão ativos. Essa reestruturação da Jurisdição faz com que ocorra uma profunda onda renovatória da Ciência Processual hodierna, que se volta em um processo não mais com a atividade de aplicação, mas

⁴⁰¹En el sistema de la creación judicial, el pasaje de la política a la sentencia es inmediato y directo; el juez vive sumergido en la política. En el sistema de la creación legislativa, o de la “legalidad”, entre la política y el juez está de por medio la ley. También en este caso el derecho es un producto depurado y, por así decirlo, cristalizado, de la política, pero este proceso de depuración se desarrolla en dos tiempos: la primera fase es legislativa, y posteriormente viene la judicial. Las fuerzas políticas desembocan todas, como un torrente impetuoso que presiona la rueda de un molino, sobre los engranajes de los órganos legislativos; es en el Parlamento donde el choque de la política se aquieta en las leyes. En su trabajo de transformación de la política en derecho, el legislador no toma en consideración el caso particular, la lite ya surgida y preanunciada, el acto del conflicto individual, sino que se coloca en un plano más alto que el de los episodios individuales, apreciando a distancia los intereses colectivos siguiendo desde lo alto, como en un panorama, la dirección y el movimiento progresivo de las corrientes sociales. (...) Por tanto, se observa cómo en esta configuración todo el trabajo del juez es puro y tranquilo. Es juez no tiene contacto directo con la política; entre él juez y la política está de por medio la muralla sin ventanas de la ley. Todas las escorias de la política, todo lo que la política tiene de impuro y desagradable, no llega a las manos del juez, que encuentra sobre su escritorio las pequeñas obras de orfebrería lógica formuladas por las leyes, pulidas y depuradas, ignorando el fango que ha sido necesario remover para encontrar el metal y el fuego indispensable para fundirlo en el crisol. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 69-70 e 72)

⁴⁰²D’altro canto è puramente convenzionale e largamente approssimativo, il carattere politicamente rappresentativo delle funzioni di governo. Altrettanto si dica del carattere cognitivo delle funzioni di garanzia sul quale si fonda la loro separazione e indipendenza dalle funzioni di governo. Né tanto meno può parlarsi di chiare ed effettive garanzie per tutti i diritti fondamentali stipulati come vitali. Questo vuol dire che se assumiamo come parametro la nostra definizione, dovremo sempre parlare, a proposito dei concreti ordinamenti, anziché di ‘democraticità’, di grado di democraticità, con riguardo al grado di separazione, di divisione e di rappresentatività delle pubbliche funzioni, nonché alla quantità, alla qualità e al grado di effettività dei diritti vitali costituzionalmente stipulati. È in questo insieme di diritti che può in ogni caso identificarsi la sfera pubblica nel senso qui definito, disegnata e prodotta dalle norme sostanziali di una costituzione democratica. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 894-894)

⁴⁰³El primer resorte para que el juez replantee su labor es que abandone el falso punto de referencia de una tarea técnica, y tenga lucidez y el arrojo de enmarcarse en el espejo de la función política que su tarea cumple; para ser consciente de ella y, en su caso, someterla a crítica. Esto necesita de apoyo de una tarea de crítica teórica del legalismo, que está e buena parte por hacer. (OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positivism Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 188)

sim com uma atividade jurisdicional orientada pela compreensão hermenêutica, com foco na criatividade e criação do direito frente ao fenômeno conflitológico de interesses.

Possibilita-se com a divisão dos poderes a ruptura de uma ordem rigidamente apregoada ao Legalismo, em um sistema jurídico que determina a função jurisdicional como mera aplicação da lei. Reflexo disso é o aprisionamento da política à representatividade democrática, a qual não suporta mais a cisão entre direito e política. Com isso a divisão de poderes vem a possibilitar uma aderência relevante da política ao direito junto as decisões judiciais.

Importante fenômeno que pujou a politização do direito foi o Ativismo Judicial, por meio do qual o juiz se conecta à politização do direito. Faz o Ativismo em sua permeabilidade Estatal a ruptura entre dois vetores importantes, desloca a centralidade política do direito da Jurisdição ao Processo, e com isso evoluciona a dinâmica processual, a qual não alcança mais a matematicidade no tocante à aplicação, superando o apego ao rigorismo legal em uma Ciência Positiva, tendo como possibilidade uma decisão apregoada a compreensão hermenêutica, voltada esta ao desvelamento do fenômeno e o desocultamento e interpretação de seus textos e contextos.

2.2 - Politização⁴⁰⁴ do Direito: da dimensão jurisdicional à processual^{405,406, 407}

El nuevo nivel (espesos e intensidad) en la revelación Jueces-Derecho-Política. Del magistrado neutral al comprometido (ativista).⁴⁰⁸

Mediante o tradicional limite de atuação reconhecido ao juiz desde que restou limitado ao *ius dicere*, a *potestas* estatal foi responsável por retirar qualquer espaço de atuação do Judiciário junto à política, justificando a separação *nas competências dos três poderes*. Conforme visto, a retirada de qualquer poder político afastou o Judiciário de responsabilidades sociais e tolheu-lhe a *auctoritas*. A função judicial restou limitada à motivação judicial, restando a atuação do juiz ao princípio dispositivo, congruência da *causa petendi*, devendo aplicar – nunca criar – o direito. Desta forma, não havia espaço para identificar uma relação

⁴⁰⁴Entiendo la “política” no como concepto abstracto o como actividad sino –en forma mucho más específica y concreta– como “poder político”, cualquiera que sea el modo –institucional o extra-institucional– en el que se ejerza. (TARUFFO, Michele. **Jueces y Política**: de la subordinación a la dialéctica. In: Isonomía. N.º 22. Abril de 2005. P. 9)

⁴⁰⁵Podría afirmarse que todos los jueces son “activistas”, de uno u otro signo. Porque la politicidad es rasgo consustancial a la misión jurisdiccional y la sentencia constituye un propio acto político y de imperio, en tanto se dicta en nombre del Estado, además de contener una decisión que escoge entre varias alternativas, lo que la erige en un acto de gobierno que, por añadidura, implica una programación del comportamiento social. Empero, naturalmente, politicidad no significa partidismo y sectorialización. Más aún, el Poder Judicial integrado por todos los jueces es, igualmente, un poder político, al menos en cuanto órgano del Estado y también por las funciones que le están asignadas. (BERIZONCE, Roberto Omar. **Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas**. Civil Procedure Review, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 54)

⁴⁰⁶Porque es inútil querer disociar el poder judicial de los otros poderes del Estado, el legislativo y el ejecutivo, con el pretexto de que éstos representan el poder político, en tanto que el poder del juez tendría naturaleza jurídica exclusivamente. En primer término, es un error oponer el derecho – el derecho del Estado – a la política: el derecho, regla establecida por la sociedad política, está ordenado necesariamente a los fines de la política. Por tanto, en la medida en que los tribunales han de elaborar el derecho será preciso que lo hagan en función del Estado y de sus fines; lo que es la misión de la política. Y después es ilógico el separar de la política el poder judicial cuando este último tiene competencia - en caso de laguna legal – para suplir al poder legislativo, que es poder esencialmente político. Se sabe, por lo demás, cómo funciona esa suplencia: acaba por instituirse una jurisprudencia, que de hecho es equivalente a la ley esta equivalencia de hecho – equivalencia de derecho en los países de Judge made law [el juez hace derecho] – es la que confiere valor cuasi legislativo a los principios de derecho jurisprudencial establecidos poco a poco por tribunales partiendo de los casos concretos. (BADIN, Jean. **Teoría General del Derecho**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1995. P. 34-35)

⁴⁰⁷Temos reiterado, ao longo deste nosso trabalho, a convicção de que o Direito é importante para conformar a vida social, só lhe cumprindo a função de compor conflitos que nela se configurarem, quando irresolvidos por outros meios socialmente institucionalizados e admissíveis. Porque assim é, relaciona-se necessariamente a determinada organização política da convivência humana, se não for mais exato dizer-se que esta é que lhe define o conteúdo, resultado do efetivo confronto das forças sociais que esse grupo organizado operam. **O processo de produção do Direito**, por conseguinte, é sempre dependente da realidade social que buscar ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança, mediante a predeterminação e institucionalização de modelos ou esquema de solução de conflitos coercitivamente aplicáveis aos casos concretos. **A produção do Direito, portanto, sempre foi reservada, e sempre o será, aos que, no grupo, se mostrem aptos a monopolizar o uso legítimo de força**. Tenham sido eles os chefes de família gregos ou romanos, o patriarcado ou a aristocracia, a burguesia ou os estamentos burocráticos dos partidos únicos, se hegemônicos, monopolizarão o processo de produção do Direito. (PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Julgando os que nos Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 93)

⁴⁰⁸MORELLO, Augusto M. **El Derecho y Nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 17.

dialéctica entre o Judiciário e o poder político, subordinado assim o juiz ao controle rígido da separação de poderes.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹a) De hecho, por un lado, la historia de la magistratura en los diferentes ordenamientos europeos –valga para todos el ejemplo de Italia– ha sido durante mucho tiempo (y sobre todo durante todo el siglo XIX y parte del XX, hasta las Constituciones de la posguerra) una historia caracterizada por el control directo y penetrante del poder político sobre la magistratura. Los mecanismos que eran utilizados para realizar este control eran muchos y ahora no pueden ser analizados en detalle: basta con mencionar el hecho de que desde el poder político, ejercido por el poder ejecutivo a través de los ministros de justicia, se controlaban los nombramientos de los magistrados, sus carreras e incluso su permanencia en la magistratura. También el control disciplinario sobre los jueces, con las sanciones correspondientes, se ejercía –directa o indirectamente, pero siempre de forma penetrante– por el poder ejecutivo. Es más, el status jurídico del magistrado era disciplinado de tal forma que los jueces debían, como quiera que fuera, responder de su actuación ante el poder político, y ello podía condicionar de muchas maneras su comportamiento. b) Por otro lado, también la configuración teórico institucional del papel y de la función del juez en el contexto de la organización del Estado se insertaba en una concepción sustancialmente pasiva del juez. La metáfora de Montesquieu del juez como “boca inanimada” que debe limitarse a pronunciar la “palabra de la ley” es ciertamente moderna como parte importante de la teoría de la separación de los poderes que tanto peso tuvo en la sucesiva construcción del Estado hasta nuestros días, pero otorga a los jueces un papel limitado, pasivo y sustancialmente subordinado. De hecho, la voluntad política se explica, en el modelo institucional de la separación de poderes, a través del poder legislativo que produce y emana las leyes. Ninguna voluntad política puede, en cambio, expresarse a través de la actividad de los jueces. Éstos no son –de hecho– “creadores” de derecho, sino meros y simples “aplicadores” del derecho: éstos deben –por decirlo de alguna manera– tomar la ley como ha sido producida por el poder político a través de las instituciones legislativas y limitarse a su aplicación a los casos concretos. No es casual que la versión-límite de esta concepción se exprese en la prohibición que tienen los jueces de interpretar las normas de ley; prohibición impuesta por el temor de que, mediante la interpretación los jueces, pudieran sustituir con su voluntad a la voluntad del poder que se manifiesta en las normas escritas y emanadas del legislador. En sustancia, el juez debe ser un aplicador pasivo de las normas que se producen “en otra parte” y que contienen y hacen explícitas las decisiones del poder político. En este sentido se reconfirma una relación de subordinación de los jueces a la política. c) También la concepción –que ha predominado durante mucho tiempo y que todavía hoy es defendida por muchos– del razonamiento judicial como silogismo, forma parte de la teorización del papel pasivo del juez ante las elecciones políticas decididas por otros poderes. Cuando esta concepción surgió en el siglo XVIII –por ejemplo con Cesare Beccaria– era moderna y en cierto sentido progresista. De hecho, esta concepción tenía la finalidad de introducir un importante factor de racionalidad en las decisiones judiciales y buscaba eliminar el arbitrio incontrolable que caracterizaba las decisiones judiciales –sobre todo en materia penal– de la época del derecho común. En ese entonces, la teoría del silogismo judicial no era, y no lo ha sido en las épocas posteriores, una descripción atendible de lo que hacen los jueces; sino que más bien representaba la expresión de una ideología de la función del juez, prescribiendo un modelo de decisión judicial fundado en la aplicación rigurosa de un razonamiento deductivo. Pero existe un aspecto de esta teoría –o ideología– de la función del juez que debemos subrayar. Dicha teoría se monta en una concepción de la decisión judicial de la que se excluye toda discrecionalidad por parte del juez. De hecho, por un lado, está dirigida a poner en evidencia exclusiva la estructura lógico deductiva “interna” que se configura como la que corresponde al razonamiento del juez: dadas las premisas (la “mayor” representada por la norma; la “menor” representada por el hecho particular”) el juez debe comportarse como un Subsumtionsautomat que deduce la conclusión de la combinación lógica de las premisas. Esta estructura tiene la característica de atribuir un elevado grado de certeza a la conclusión del silogismo, o sea a la decisión final, lo que puede contribuir a reforzar la autoridad de la decisión que se presenta como un resultado “necesario” de un razonamiento lógicamente coherente. Sin embargo, por el otro lado, la conclusión no se hace cargo –al menos en las versiones más difundidas– de cómo se establecen las premisas de la deducción silogística de la que se supone que el juez extraerá la decisión. No es el juez quien elige o pone estas premisas mediante una elección individual: en particular, la premisa jurídica se considera como una premisa “dada”, o sea como un enunciado normativo que el juez ya encuentra preconstituido y que solamente debe aplicar al caso concreto. En las versiones más sofisticadas de la teoría y cuando la misma se ocupa de hipótesis en las que la norma de derecho no está inmediatamente lista para ser aplicada, se tiende a excluir que el juez realice elecciones políticas al interpretar la norma: en ese caso, de hecho, se dice que el juez debe establecer cuál es el enunciado normativo aplicable mediante una cadena de silogismos; con mayor frecuencia se obliga al juez a respetar rigurosamente los cánones interpretativos prefijados, de los que emerge el canon de la interpretación sistemática, que es más coherente con una concepción objetivista del derecho como conjunto coherente y cerrado de normas establecidas por el legislador. (TARUFFO, Michele. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. *Isonomía*, n.º 22, 2005, México, Pp9-18. P.9-12)

A subordinação possui contornos anti-democráticos, que acabam por limitar a participação da sociedade, pois como se verá, o Processo é um meio efetivo de participação democrática da sociedade e, na atualidade, frente à abertura de portas dos Tribunais, é uma maneira de aceder à um poder do Estado com muito maior facilidade para trazer seus anseios e reclamações, por meio do desvelamento dos fenômenos que a cada dia tomam novas facetas.

Com a superação da Separação para a Divisão dos poderes, é nítida a introjeção da política no direito a partir da Jurisdição, apresentando o direito como um empreendimento político⁴¹⁰. O advento do Estado Democrático de direito denota que as realidades sociais democráticas emergem complexidade e as decisões tomadas pelo Poder Judiciário – até então somente jurídicas – sobrecarregam-se de questões com largo alcance político e social,

⁴¹⁰DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 239.

contribuído à emergência do fenômeno do Ativismo Judicial⁴¹¹, superador das instâncias políticas tradicionais^{412, 413}:

Porque la politicidad es rasgo consustancial a la misión jurisdiccional y la sentencia constituye un propio acto político y de imperio, en tanto se dicta en nombre del Estado,

⁴¹¹Così, affinché il diritto, dalla coscienza sociale in cui vive allo stato inorganico, possa giungere a trasformarsi in sentenza, occorrono qui due tappe. Laddove nelle consociazioni primitive bastava una tappa sola: tra il giudice e il diritto, che nella sua realtà sociale è qualcosa di vivo, di mutevole, di perghovole, si è frapposto ormai uno schermo rigido e fisso, che si chiama la legge, dalla quale il giudice non può torcere gli occhi per peragonarla colla società di cui essa si dice espressione, per accertarsi se veramente essa abbia tenuto conto di quegli interessi e di quei sentimenti collettivi, che dovrebbero formare il suo contenuto sostanziale. Questo non significa che, nel sistema della formulazione legislativa del diritto, il diritto si identifichi colla legge; al contrario, la legge resta non più l'espressione ufficiale di diritto, la sostanza di cui il legislatore si serve per riempire le sue formule verbali. Esiste prima della legge e al di sopra del legislatore; ma, ciò nonostante, dato il principio della separazione dei poteri, il quale vieta al giudice di andare al di là della fonte formale e di verificare la sua corrispondenza con la fonte materiale, il giudice non è tanto un interprete del diritto, quanto un interprete della manifestazione di volontà emanante dal legislatore; così, mentre nel sistema della formulazione giudiziaria il giudice legge il diritto nel testo originale, nel sistema della formulazione legislativa il giudice può leggerne soltanto la traduzione, più o meno corretta, che il legislatore ne ha fatta nelle sue leggi. Tale barriera posta tra il giudice e le vive scaturigini sociali del che sta a base di tutte le codificazioni; fidandosi sulla cosiddetta forza di espansione logica della legge, il giudice deve, con imperturbabile impassibilità, cercare una legge emanata cent'anni addietro la soluzione di tutti i problemi giuridici che un secolo di civiltà ha suscitati e che il legislatore di allora non poté neppure lontanamente prevedere. Se la legge più non risponde ai bisogni della società attuale, spetta al legislatore di oggi modificarla; ma, finché al legislatore non piace di smantellare qualche torre di questo suo annoso castello, il giudice deve aggirarsi prigioniero il mondo vive all'aperto a senza posa si rinnova. Questa specie di segregazione legislativa in cui il giudice è condannato nello Stato costituzionale scito dalla Rivoluzione francese, si ripercuote anche sulla posizione che il giudice assume nel nostro ordinamento giudiziario. Se da noi il giudice non deve essere altro che un fedele interprete della volontà del legislatore, le qualità che più si devono pregiare in lui sono quelle dell'acume logico, della fredda sapienza ragionatrice, dell'agilità tecnica nel servirsi di tutti gli strumenti dell'ermeneutica per sviscerare a pieno i segreti di un testo: il giudice non deve essere (come dev'essere invece nel sistema della formulazione giudiziaria del diritto) soprattutto un giurista, che, posto dinanzi a una norma giuridica, trascuri deliberatamente ogni indagine relativa alla bontà sociale del suo contenuto, e si fermi a indagare i soli problemi che si riferiscono al suo meccanismo formale. (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 15-17)

⁴¹²Suponha que tenhamos decidido (por razões da teoria jurídica ou de outra teoria política) que a prática constitucional bem exige que os juízes tenham em vista e apliquem as intenções abstratas dos constituintes, embora para isso os juízes devam fazer julgamentos de moralidade política. [...] Se minhas afirmações sobre o papel da política na interpretação jurídica são fundadas, devemos esperar descobrir opiniões claramente liberais, radicais ou conservadoras não apenas sobre o que a Constituição e as leis de nossa nação deveriam ser, mas também sobre o que são. É isso exatamente o que encontramos. (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 73, 246)

⁴¹³Ellos ofrecieron el lenguaje teórico de una confrontación política de amplias dimensiones: entre el listado de esta teoría transnacional, propia de la segunda mitad del siglo XX pero sólo hasta ahora incorporada en la enseñanza del derecho nacional, figuraban preeminentemente los nombres de H.L.A. HART, J. RAWLS, R. DWORKIN y R. ALEXANDER. Todas estas nuevas ideas antitradicionales empezaron a circular entre grupos, pero su influencia amenazaba con quedarse en ruminaciones de las élites intelectuales. En esta ocasión, por tanto, faltaba un mecanismo de transmisión que asegurara, por parte de los jueces inferiores, más apegados a la teoría tradicional, un mínimo de cooperación con los nuevos idearios teóricos y constitucionales. En efecto, la instalación en el sistema jurídico de esta nueva sensibilidad constitucional fue "parcial", en el sentido de que la Corte Constitucional debió compartir escenario con la jurisdicción común que, para todos los efectos prácticos, continuó trabajando dentro de modelos más o menos tradicionales de función judicial. Esta jurisdicción común puede ser definida en bloque, por formación, como "tradicional/positivista". Ello significa, en conjunto, que en su idea de derecho se conserva una rígida dicotomía entre legislación y adjudicación, por un lado, y entre su especialidad funcional (derecho civil, penal o laboral) y las órdenes abstractas del derecho constitucional, por otro. Su definición del derecho, además, concentrada durante años en la defensa del círculo propiedad/contrato/sucesión, los hacía poco sensibles a la tarea de definir y defender nuevos derechos no vinculados a los tradicionales. (MEDINA, Diego Eduardo López. **El Derecho de los Jueces**. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 322-323)

además de contener una decisión que escoge entre varias alternativas, lo que la erige en un acto de gobierno que, por añadidura, implica una programación del comportamiento social. Empero, naturalmente, politicidad no significa partidismo y sectorialización. Más aún, el Poder Judicial integrado por todos los jueces es, igualmente, un poder político, al menos en cuanto órgano del Estado y también por las funciones que le están asignadas.⁴¹⁴

Ferrajolli aponta que a primeira revolução na história da modernidade jurídica foi com o aparecimento do Estado moderno, que se centrava na afirmação do princípio da legalidade e, com ele, da onipotência do legislador, conforme visto, calcado na separação rígida dos poderes. O direito não é aquilo considerado em cada circunstância particular como ontologicamente verdadeiro ou justo, senão aquilo considerado segundo a prescrição da Lei. Havia uma primazia necessária da política sobre o direito.

Na segunda revolução do direito no Estado moderno, que se dá em um cenário pós-segunda-guerra, culmina no aparecimento das Constituições rígidas, com o submetimento da Lei a todos os poderes, inclusive o legislativo. No Estado Constitucional de direito o legislador não é onipotente, pois as Leis que promulga não são válidas por serem vigentes, mas somente se e quando forem coerentes com a Constituição. A política deve ser interpretada como instrumento para a realização do direito, dos princípios e dos direitos fundamentais reflexos da Constituição.⁴¹⁵

Assim, política ganha legitimidade funcional por mediação da Constituição⁴¹⁶, pois ela é o centro gravitacional que serve de motor que impulsiona⁴¹⁷ o processo de todo o sistema jurídico-político⁴¹⁸. Nos sistemas constitucionais que nasceram nos mais diversos países ao cair dos regimes autoritários, a magistratura eliminou os mecanismos através dos quais o poder

⁴¹⁴BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas. *Civil Procedure Review*, v.1, n.º 3, Pp.46-74, 2010. P. 54.

⁴¹⁵FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. *Revista Derechos y Libertades*, 1999, Pp.63-79. P. 67-68.

⁴¹⁶É a diferença entre Direito superior, a Constituição, e o demais Direitos, que acopla estruturalmente Direito e Política, possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política. Em outros termos, é por intermédio da Constituição que o sistema da Política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva. (OLIVEIRA, Andrade Cattoni de. (coordenação). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. P. 25)

⁴¹⁷Neste sentido, como refere M. Barberis: um juiz “de esquerda” pode interpretar um artigo da Constituição no sentido de este permitir uniões homossexuais, enquanto que, para um outro juiz “de direita”, esse artigo as proíbe. (HESPANHA, António Manuel. *Ideias sobre a Interpretação*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 36)

⁴¹⁸Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, inovação, a mudança, que também contribuem pra o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. (HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002. P. 26)

político condicionava no passado – manipulando o funcionamento da organização judicial. Nesse sentido, a magistratura deve ser capaz de governar a si mesma, bem como de buscar freios para o avanço da política em áreas que não convinham.⁴¹⁹

Há, nas palavras de Ferrajoli, uma segunda transformação pós-segunda guerra (a primeira como a instituição de Constituições rígidas) que ajudam a ampliar o papel do controle jurisdicional sobre os poderes públicos, o qual afeta o sistema *político* e consiste na extensão das funções próprias do Estado social em consequência de sua intervenção na economia e pelas novas prestações requeridas pelos direitos sociais constitucionalizados: saúde, educação, segurança social, subsistência e outros análogos.⁴²⁰

Os assuntos levados aos juízes e tribunais passam a apresentar grande relevância social, e serão agendados e definidos na decisão judicial, já que os demais poderes do Estado negaram-se de solucioná-lo e esses assuntos passam a integrar as decisões de cunho político. Ocorre assim um aumento do papel da Jurisdição:

Queda reforzado así, frente al modelo paleopositivista y paleoliberal, el fundamento de la división de poderes y de la independencia de los magistrados: un reforzamiento que deriva precisamente de la nueva y doble función asignada a la jurisdicción como garantía de los derechos fundamentales de todos y, al mismo tiempo, de legalidad de los poderes públicos; en una palabra, en su función de garantía de aquello que he denominado la esfera de lo no decidable (por ser inválido o ilícito).⁴²¹

Em razão da ampla relevância que ganham os Tribunais pós segunda-guerra, é nítido o porquê esta parte do mundo se desvanece mais com relação à confiança nas leis, pois o impacto da guerra foi crucial para que se desse uma maior relevância à jurisprudência em detrimento da dogmática.⁴²² Desse modo, a situação hoje encarada pelos Tribunais, com cada vez mais desafios frente aos direitos sociais e em adequar à sociedade atual e os novos problemas ao paradigma constitucional, cobra do Judiciário um ativismo judicial e possui relação direta junto às políticas institucionais e junto às políticas sociais que não são cumpridas e nem evidenciadas

⁴¹⁹TARUFFO, Michele. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. **Isonomía**, n.º 22, 2005, México, Pp9-18. P. 13.

⁴²⁰TARUFFO, Michele. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. **Isonomía**, n.º 22, 2005, México, Pp9-18. P. 69.

⁴²¹TARUFFO, Michele. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. **Isonomía**, n.º 22, 2005, México, Pp9-18. P. 71.

⁴²²La razón es una magnitud temporal como tal sujeta a cambios. Mientras no cambiaran las circunstancias podían admitirse provisionalmente sus resultados. Pero ante el impacto de las dos últimas guerras mundiales, se desvanece la confianza en las leyes, mutables, y en los tribunales, reducidos a bocas muertas de la ley por obra del legislador. Es sumamente revelador que sea precisamente en los países anglosajones en los que la jurisprudencia ha conservado su predominante papel en la formulación del Derecho, donde, pese a los graves retrasos técnicos y doctrinales, el juez goza de una mayor autoridad y, por tanto, la justicia de un mayor predicamento (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P. 70)

pelos demais órgãos estatais. O renovado espaço reconhecido aos juízes não encontra justificção apenas nas exigências de legitimação da justiça constitucional, senão também em razão do surgimento de uma compreensão cultural da Constituição e do direito, que não reconhece mais somente às regras a capacidade de responder as demais de justiça que provém de uma sociedade pluralista e que comporta um repensar das categorias jurídicas tradicionais.⁴²³

Nesse cenário, a democracia é “*como uma dimensão simbólica da política que se abre interrogativamente em direção a um futuro visto como problema e não como certeza*”⁴²⁴, compreendida como “*instância do imaginário social que não se aliena na representação já adquirida do devir.*”⁴²⁵ Por estas razões, no contexto do Estado Democrático de Direito, é necessário lutar por uma mudança necessária na maneira de conceber a relação entre juízes e política.⁴²⁶

Na franqueza antiga, que ainda subsiste nos liberais, a sociedade se divide em chefes e subordinados: pessoas do bem e pessoas que não significam nada, as elites e as multidões, os peritos e os ignorantes. Na contemporaneidade, por outro lado, a proposta enuncia-se de maneira diferente: há apenas partes na sociedade, as maiorias e minorias sociais, grupos de interesses, comunidades, etc.⁴²⁷

Para uma pesquisa da função do direito na sociedade, necessário considerar: a sociedade como totalidade, sem importar qual a classificação dada – organismo, sistema -; os indivíduos, que são partes dessa totalidade e interagem entre si. É necessária a análise da relação entre o direito e a sociedade pois, somente assim, percebe-se o impacto causado pelas transformações do social, que refletem no direito⁴²⁸ e, por sua vez, no desempenho da função judicial. Isolar um aspecto, ou outro, causa confusão incidindo em uma teoria integralista ou individualista – tal como Jhering e Kelsen contrapõem-se sobre o ponto.⁴²⁹ Para teoria funcionalista, os dois pontos devem ser considerados, uma vez que as funções nem sempre são postas no mesmo nível, de modo que seu grau pode oscilar a depender da influência do direito sobre a sociedade,

⁴²³GROPPI, Tania. **¿Hacia una Justicia Constitucional "Dúctil"?** Tendencias Recientes de las Relaciones Entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>>. Acessado em: 05/02/2018.

⁴²⁴WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 72-73.

⁴²⁵WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 72-73.

⁴²⁶TARUFFO, Michele. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. **Isonomía**, n.º 22, 2005, México, Pp9-18. P.12.

⁴²⁷RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia.** São Paulo: Editora 34, 1996. P.29.

⁴²⁸BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito.** São Paulo: Manole, 2007. P.102.

⁴²⁹BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito.** São Paulo: Manole, 2007. P. 103-105.

sendo os fins intermediários ou últimos: *“Quem coloca o problema da função do direito em termos de função repressiva ou promocional, observa o meio pelo qual o direito opera; quem coloca o problema em termos de função conservador ou inovadora, observa aquilo que as regras, consideradas uma a uma, prescrevem ou permitem, bem como a sua eficácia.”*⁴³⁰

Em todas as sociedades, independente do modelo adotado (sociedade do chefe e subordinado/sociedade das partes), impera o mesmo problema: não há parcela dos sem parcela, ou seja, não há política onde não deveria haver política, de modo que a voz e a expressão de um povo (pobre/rico; maioria/minoria) é medido na contagem de voz outorgada à essas expressões. A atividade política desloca um corpo de um lugar e muda sua destinação, fazendo ver o que não poderia ser visto, fazendo ouvir um discurso onde só havia ruído.

A propensão de grupos minoritários em utilizar a litigância para avançar sua agenda é uma expressão atual do direito⁴³¹ uma vez que essas pessoas não possuem voz (democracia representativa) na sociedade, eis que não encontram essa voz por meio da política, razão pela qual necessitam efetivá-la pela democracia participativa, sendo o judiciário, por meio do processo, o novo local do exercício do poder em público.

Na sociedade é o desentendimento que une os cidadãos.⁴³² O registro de litígios de interesse públicos para mudança social tem diminuído frente aos seus inúmeros custos (dentre eles o financeiro) desfavoráveis. É questionável o sucesso na consecução dos objetivos desejados no processo, dada a complexidade na busca dos tribunais para efetivação de decisões políticas em áreas especializadas que fogem da jurídica. As várias partes do processo não se comunicam, cada uma acaba possuindo uma ideia do que acontece, fazendo com que se instaure o pensamento de que o funcionamento institucional das ações de classe ou interesse público marginaliza suas preocupações. Criam-se assim grandes batalhas sem que haja resultados

⁴³⁰BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P.109.

⁴³¹Numbering fewer than a hundred in the mid-1970s, by 1989, there were more than 250 cause litigation firms. A quantitative sign of this increase has been the rise in amicus curiae briefs in Supreme Court cases: in 13% of the cases in 1953, compared with 92% in 1993. In the 1993 term, 550 briefs were filed in 92 cases, averaging almost 6 per case. Some of the participation in high-profile cases, especially when duplicating arguments made by other parties, can be explained by an ulterior motive – providing a fund-raising item prominently displayed in marketing material. A few of the partners in these small law firms, especially those with ample corporate funding, are not just doing good, they are doing well. (TAMANAH, Brian Z. **Law as a Means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.164)

⁴³²O que torna a política um objeto escandaloso é que a política é a atividade que tem por racionalidade própria a racionalidade do desentendimento. O desentendimento da política pela filosofia tem então por princípio a redução mesma da racionalidade do desentendimento. Essa operação pela qual a filosofia expulsa de si mesma o desentendimento identifica-se então naturalmente ao projeto de fazer "realmente" política, de realizar a essência verdadeira daquilo de que fala a política. A filosofia não se torna "política" porque a política seria algo importante que precisaria de sua intervenção. Ela se torna tal porque regular a situação de racionalidade da política é uma condição para definir o que é próprio à filosofia. (RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.14)

efetivos na ordem social, sendo que as lutas atuais giram em torno de questões econômicas, religiosas, sociais e políticas, muito mais do que no passado se discutia.⁴³³

Lutas políticas distorcem a aplicação e a interpretação das regras legais, enquanto que regras legais e os parâmetros do litígio pervertem as discordâncias políticas, inibindo a sua própria resolução. As decisões judiciais dos litígios, mesmo quando envolvem questões políticas, permanecem decisões legais – decisões baseadas na autoridade de regras legais, de modo que o processo modela como as questões são apresentadas e resolvidas. Os Juízes são limitados pelas questões emolduradas pelas partes e as informações fornecidas por elas.⁴³⁴

De uma visão não-instrumental do direito passa-se a uma visão instrumental acarretando na perda da identificação do bem comum. A elaboração judiciária das leis ocorre a partir de um desenvolvimento do direito, no qual muitíssimas outras pessoas, além das próprias partes envolvidas nos processos, encontram-se interessadas⁴³⁵. Num certo sentido, a legislação judiciária fundamenta-se numa audiência incompleta de interesses em conflito. Todavia, não é menos verdadeira a constatação de que, em virtude da própria natureza do procedimento judiciário, a elaboração do direito pelos Tribunais é gradual, experimental e lenta; a contribuição dos tribunais ao desenvolvimento da lei é, tipicamente, um contributo feito por pedaços de freios e às cegas.⁴³⁶

A elaboração do direito pelos Juízes somente é generalizada após uma longa série de provas e experimentações, objetivando estabelecer um princípio praticável. A legislação, ao contrário, quando ela se torna um pouco mais que simplesmente declaratória, quando ela faz pouco mais que declarar de novo e peremptoriamente aquilo que a experiência judiciária já lhe indicou, ela reencontra as dificuldades e perigos que são próprios da profecia.⁴³⁷

Na medida em que a Lei não consegue expressar o bem comum, bem como não estrutura a quebra da estrutura do sensível e os canais naturais de política não são capazes de fazer o encontro entre dois processos heterogêneos (processo de poder policial e o processo de igualdade)⁴³⁸, o Judiciário canaliza essas expressões do social que não possuem

⁴³³TAMANAHA, Brian Z. **Law as a Means to na End**. Threat to te Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.166.

⁴³⁴TAMANAHA, Brian Z. **Law as a Means to na End**. Threat to te Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.169.

⁴³⁵CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologia e Sociedade**. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 250-251.

⁴³⁶CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologia e Sociedade**. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 250-251.

⁴³⁷POUND, Rescoe. **The Formative Era of American Law**. Boston: Little Brown, 1938. P. 51.

⁴³⁸Concedamos, de antemão, aos espíritos ponderados, para os quais igualdade rima com utopia enquanto desigualdade evoca a sadia robusteza das coisas naturais: essa pressuposição é mesmo tão vazia quanto eles a descrevem. Não tem por si mesma nenhum efeito particular, nenhuma consistência política. Pode-se até duvidar

reconhecimento. O pluralismo e o ceticismo moderno influenciaram diretamente sobre a noção do bem comum⁴³⁹, pois perdeu-se uma noção do que significaria o “bem comum” devido à heterogeneidade de pontos de vista na sociedade: realistas, no século XX, colocaram uma fé sobre as ciências sociais e na razão para ajudar a apontar o caminho; depois, sobre o que a justiça social exige, sobre os compromissos adequados entre a liberdade e a igualdade, sobre a aplicação de normas morais e religiosas nas esferas públicas e privadas, sobre o direito das mulheres e dos homossexuais, sobre o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e outros etc. Alguns defendem que existe um bem comum que abrange as diferenças entre os grupos de contestação na sociedade e que pessoas em lados opostos partem de premissas iniciais fundamentalmente incompatíveis, o que as impede de chegar em acordo.

Esse bem comum assemelhar-se-ia com a divisão da parcela do sensível, fruto do poder de polícia, poder que socialmente define as divisões entre os modos do fazer, os modos de ser e os modos de dizer. O poder de polícia, nesse sentido, é o que reconhece as lógicas do estar-junto humano, sendo o conjunto de processos pelos quais ocorrem a agregação e o

de que chegue um dia a ter esse efeito e essa consistência. Melhor ainda, os que levaram essa dúvida a seu limite extremo são os partidários mais resolutos da igualdade. Para que haja política, é preciso que a lógica policial e a lógica igualitária tenham um ponto de encontro. (RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.46)

⁴³⁹A constant refrain in the history of the rule of law ideal is that the law is, and should be, for the common good. Plato asserted that the laws should be “for the sake of what is common to the whole city. Aristotle wrote that a “true government” must have just laws, and just laws are oriented toward the “common interest. Aquinas defined law as “an ordinance of reason for the common good. Germanic customary law in the Medieval period tied the primacy of the law to the traditional order of the whole community. Locke insisted that, as a matter of natural law, the legislative power “in the utmost bounds of it, is limited to the public good of society. It is an ancient principle that governmental powers should be exercised for public purposes only. To recount the historical primacy of this ideal is not to say it has always been believed or honored. Innumerable political writers have noted that law regularly serves particular interests, often those of the elite or most powerful. According to Plato, Thrasymachus declared that “justice is the interest of the stronger. Karl Marx famously said much the same. But this point is not exclusive to radical critics of the legal order. Liberal icon Adam Smith observed that “Laws and government may be considered in this and indeed in every case as a combination of rich to oppress the poor, and preserve to themselves the inequality of goods which would otherwise be soon destroyed by the attacks of the poor. Clear-eyed about law even as a young man, in 1873, Oliver Wendell Holmes wrote that “This tacit assumption of the solidarity of interests of society is very common, but seems to us to be false in the last resort a man rightly prefers his own interest to that of his neighbors. And this is as true in legislation as in any other form of corporate action.” [W]hatever body may possess the supreme power for the moment is certain to have interests inconsistent with others which have competed unsuccessfully. The more powerful interests must be more or less reflected in legislation; which, like every other device of man or beast, must tend in the long run to aid the survival of the fittest. Legislation, he said, “is necessarily made a means by which a body, having the power, puts burdens which are disagreeable to them on the shoulders of everyone else.” The only prospect for tempering this tendency that Holmes could envision was the spread of an educated sympathy among the dominant groups to “reduce the sacrifice” required of minorities. Accordingly, he said, “it is no sufficient condemnation of legislation that it favors one class at the expense of another; for much or all legislation does that, and none the less when the bona fide object is the greatest good of the greatest number. Awareness that reality often disappoints the ideal does not, in itself, discredit the ideal. Even Holmes thought law could and should promote sound social policy. The underlying point of these accounts, including from skeptics, is that what entitles the law to obedience, at least in the eyes of the citizenry, is the claim that it furthers the public good. Unless one is in a favored position, why abide by the rule of law if the law mainly secures the advantage of some in society at the expense of others? (TAMANAH, Brian Z. **Law as a Means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.219-221)

consentimento das coletividades, organização dos poderes, distribuição dos lugares e funções e os sistemas de legitimação dessas distribuições.⁴⁴⁰ A ordem do sensível cria manifestações e divisões; ou seja, a política não é feita de relações de poder, esse ponto é guardado ao poder de polícia⁴⁴¹, a política, posteriormente, é responsável por romper a parcela dos sem parcela perpetuada pela ordem do sensível.

A atitude de necessidade de encontro sobre um bem comum alimenta o agrupamento militante, pois não há a necessidade de se chegar a um acordo, por ausência de um ponto em comum. Cada grupo segue sua agenda – em litígios, em batalhas sobre nomeações judiciais, lobbys legislativos e administrativos – porém, tendem a afirmar que agem em busca de um bem comum ou do bem-estar público. Isso reflete a ideia de que a lei é um instrumento, o que coincide com a perda de fé na ideia de um bem comum. De fato, é difícil alcançar o bem comum pelo direito, o que não se imaginaria era que a própria noção do bem comum se tornaria tão problemática. Com a discussão judicializada não se cria um núcleo do bem comum.⁴⁴² Se cria, sim, uma obrigação normativa gerada pelo fato de que a lei representa o bem comum. Os perdedores cumprem devido à ameaça de que o aparelho jurídico se aplique força para garantir o cumprimento da falta de vontade e com a esperança de que eles possam prevalecer em futuros concursos para assumir sua vez de exercer o direito.

⁴⁴⁰RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.41-42.

⁴⁴¹RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.54.

⁴⁴²The combatants over and through law, it is critical to recognize, do not necessarily envision themselves as pursuing their particular group interests at the expense of the common good. Building upon a cluster of familiar ideas that have persisted in the U.S. political-legal culture for more than two centuries, it is possible to pursue one's own particular agenda through law with the conviction that one is thereby promoting the public good. These ideas, which have coursed through earlier chapters, are: the liberal idea that the public good is advanced as if by an invisible hand when individuals pursue their own good; the Social Darwinist idea that Society involves a competitive struggle in which the fittest survive, which helps Society progress;³⁸ the marketplace of ideas image, in which ideas are tested under fire, with truth and merit emerging victorious, or as Holmes put it, "the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market"; the democratic ethos that whatever prevails in a political contest has earned the stamp of community consent; and the adversarial legal system in which parties are wrung through a litigation procedure that produces deserving winners and losers. The losers don't see it that way. They complain that the process unfairly rewards those with greater resources, that the system has a built-in tilt against them, that the decision-makers are biased or corrupt, that on the merits they should prevail, that competition or combat is not a proper way to decide what is right, that winners are the most rapacious or unscrupulous rather than deserving. But these complaints have little traction. If there is no way to agree upon a shared common good, if positions cannot somehow be combined or superseded at a higher level, there appears to be no alternative to leaving it to the ordeal of combat to pick winners. The idea that the law represents the common good is hard pressed to hold up under these circumstances. The law is little more than the spoils that go to winners in contests among private interests, who, by their victory, secure the prize of enlisting the coercive power of the legal apparatus to enforce their agenda. What keeps the losing combatants in line, what convinces them to abide by the rule of law, is not the normative obligation generated by the fact that the law represents the common good. Losers comply owing to the threat that the legal apparatus will apply force to secure compliance over the unwilling, and out of the hope that they might prevail in future contests to take their turn to wield the law. This is a barren vision indeed—aware of all against all within and through law. It is rule of some groups over others by and through the law, more so than a Community united under a rule of law that furthers the common good (TAMANAH, Brian Z. **Law as a Means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P224-225)

Ocorre que a centralidade na jurisdição demonstra que o efeito no direito não foi saudável. Segundo Tamanaha, cinco décadas de experiência com litigâncias trouxeram lições importantes, sendo a principal a evidência de que a obtenção de uma decisão judicial favorável é somente o início de um caminho para se alcançar a mudança social desejada.⁴⁴³ Isto porque a partilha do sensível não se trata apenas de uma distribuição após uma disputa, mas sim uma consideração de traços políticos a fim de dar *logos* aqueles que não o possuem no seio social. O Judiciário é capaz de reconhecer com maior velocidade e dar-lhe *logos* para que o reconhecimento social ocorra e se introjete socialmente.

Isso se explica porque as decisões dos tribunais que possuem conexão com mudanças sociais quase não possuem resultados efetivos, pois dependem do poder de financiamento e coerção para reforçar suas decisões, que advém de outros ramos do direito⁴⁴⁴, na medida em que a efetividade conecta-se muito mais com um reconhecimento social. O consenso social que advém da política é muito distinto de uma força física, pois é resultado da conscientização da sociedade. O poder político, dessa forma, não é simplesmente uma relação de violência material ou uma posseção do vigor corporal, das armas e do dinheiro do cidadão; mas sim é a expressão de um poder social.⁴⁴⁵ Cada um de nós, em uma sociedade, mantemos uma identidade individual enquanto seres pensantes, porém não deixamos de ser conscientes de uma identidade coletiva que nos agrupa socialmente.⁴⁴⁶

⁴⁴³TAMANAHA, Brian Z. **Law as a Means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.164.

⁴⁴⁴Sociolegal scholars have repeatedly pointed out that law, including court decisions, legislation, and enforcement actions, has a limited capacity to effectuate a desired social change. Legal institutions, individually and collectively, exist within an environment composed of other (social, economic, political) institutions, entrenched customs and social practices, and material conditions, which constrain the efficacy of legal output. Society is thick with various forms of normative regulation – law being only one, and not necessarily the most powerful one – that passively or actively throw up barriers to the dictates of law.⁵⁵ Judicial rulings, even when all of the legal institutions are united behind them, do not easily or automatically translate into the desired social actions. Often what follows are unanticipated consequences (such as white flight) in which social actors alter their behavior to avoid the dictates of the law. This was another point first made by Pound and the Legal Realists, who highlighted the often large gap between what legal officials order and what people in society do. (TAMANAHA, Brian Z. **Law as a Means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.165)

⁴⁴⁵SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 169-170.

⁴⁴⁶El aspecto social, la identidad colectiva del hombre constituye el ambiente humano de la política. El hombre es un animal político. La política no puede ser emparentada con el sinónimo de poder, ya que éste, por sí mismo no existe. El poder no es más que un elemento de la conciencia colectiva. De hecho, el poder se manifiesta usualmente como servidor de la comunidad. Si el poder no se apoya en la conciencia común, estaremos ante la opresión ignorante del sentir social o colectivo. Lo específico del valor político es ser común a un grupo humano, por lo cual, la expresión idónea para designarlo es la tradicional del bien común. Lo que importa en el bien común, desde el punto de vista de la vida política es precisamente, que es común, y está, por tanto, en disposición de conferir esa identidad supraindividual que aumenta la estatura del individuo. (COTTA, Sergio. **Que es el Derecho**. Madrid: Rialp, 2000. P. 7-8)

Já considerado autônomo e independente no plano das relações institucionais, o juiz vive, na atualidade, uma profunda transformação da função que lhe corresponde. O juiz hoje se destaca como aquele que deve criar as normas, identificando e determinando seu significado, dado que as mesmas não possuem um significado *a priori*. Por esta nova função, a atividade do juiz passa a ser criativa, pois não é restrita a decifrar o que a norma diz desde um ponto de vista literal, mas sim atribuindo-lhe significados diferentes e variáveis. Em muitos casos, inclusive, o juiz age por supletoriedade, ou seja, formulando decisões políticas que corresponderiam tradicionalmente ao legislador se este houvesse realizado sua função institucional adequadamente. Assim, são muito os aspectos pelo qual, na medida em que o juiz interpreta o direito, realiza diretamente um papel político.⁴⁴⁷

Esta nova função adquire importante relevância em razão de o juiz também ser o intérprete dos valores constitucionais e fundamentais. Ao realizar esta função o juiz exerce um papel fundamentalmente político: realiza eleições que com frequência possuem uma alta importância política, interferindo na distribuição das riquezas, na garantia dos direitos fundamentais e no desenvolvimento das relações políticas individuais e coletivas.⁴⁴⁸

Ao ser reconhecido que os juízes tem atribuída *auctoritas* e que esta se exercita para o direito objetivo - criação do direito – a consequência maior é a de que os juízes possuem poder político.⁴⁴⁹ Legislando negativamente ou, de outro modo, passando a legislar jurisdicionalmente, o poder judiciário, para alguns autores, usurpa as funções do Poder Legislativo, fazendo assim justiça ao caso individualizado⁴⁵⁰, incidindo conseqüentemente em

⁴⁴⁷TARUFFO, Michele. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. *Isonomía*, n.º 22, 2005, México, Pp9-18. P.13-14.

⁴⁴⁸TARUFFO, Michele. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. *Isonomía*, n.º 22, 2005, México, Pp9-18. P.14-15.

⁴⁴⁹heyoobjetivo, lo que se hace en un ámbito que va desde la tutela de los derechos subjetivos de las personas hasta el control de la constitucionalidad de las leyes, y que ello se hace con total independencia de los otros poderes constituidos en el Estado, la única consecuencia posible es la de que los jueces tienen poder político, que son partícipes del poder político del Estado. Este reconocimiento no puede quedarse limitado a lo meramente intelectual o teórico, sino que ha de tener su reflejo en la organización política del mismo Estado. A nivel teórico deberíamos acostumbrarnos a no emplear una terminología confundidora, desterrando la utilización de la expresión "administración de justicia" y de la palabra "funcionario" referida a los jueces. A nivel político hay que partir de la autonomía del Poder Judicial frente a los otros poderes, (ARCA, Juan Montero. **Potestad, Órgano y Función Jurisdiccionales**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/643/30.pdf>>; Acessado em: 03/01/2018. P. 2194)

⁴⁵⁰The expression "judicial activism" is here used to mean using judicial power for a purpose other than that for which it was granted, namely doing justice according to law in the particular case. It means serving some function other than what is necessary for the decision of the particular dispute between the parties. Often the illegitimate function is the furthering of some political, moral or social program: the law is seen not as the touchstone by which the case in hand is to be decided, but as a possible starting point or catalyst for developing a new system to solve a range of other cases. Even more commonly the function is a discursive and indecisive meander through various fields of learning for its own sake. (HEYDON, Dyson. Judicial Activism and the Death of the Rule of Law. **Quadrant Magazine**, Jan/Feb2003, Vol. 47 Issue 1. Disponível em <<http://www.nzlii.org/nz/journals/OtaLawRw/2004/2.html>> Acessado em 13/02/2018.P. 9)

profunda disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa.

A justiça deve ser tratada como justiça sobre o direito⁴⁵¹. No entanto, pode-se afirmar que o direito mantém o seu sentido se se não deixar de compreender-se enquanto justiça e, portanto, a interpretação constitui a estrutura do direito, enquanto direito, o que é compreendido em sua significação jurídica⁴⁵². O conceito do político compreendido como referido ao Estado possibilita o surgimento de partidos políticos organizados para persecução de fins políticos. De outro lado, o direito oferece possibilidades de estruturação da política, pois ao direito corresponde a ideia de uma relação de ordem hierárquica entre legislação e jurisdição, tendo como resultado o incremento de normas jurídicas como *sedimento da política*, na medida que em a política já acontecida, por meio das normas, evita que novas ambições políticas, nocivas e antidemocráticas, sejam normatizadas.⁴⁵³

Nos termos do exposto, a relação entre direito e política se presta duas possíveis interpretações. Pode ser entendida como uma relação *necessária* (política é pressuposta do direito e o direito fundamenta a política), bem como pode ser interpretada em um sentido muito diferente, como relação já não de implicação recíproca, mas sim de recíproca oposição, onde passará a jurisdição a controlar os atos de poder da política.⁴⁵⁴

Il diritto, come struttura qualitativa primaria della relazione – e non “quale fenomeno secondario obbiettivo nella società” – mostra ad ognuno la possibilità di comprendere l'altro, di riconoscerlo come un singolo capace di donare la parola, costitutiva della soggettività: “compito dell'interpretazione deve essere quello di rendere reale, vicino e intelligibile ciò che è estraneo, lontano e oscuro nel significato”, oltre l'apparente immediatezza che non consente la comparsa di una universalità del reciproco riconoscersi nel dialogo, attraverso il diritto che ognuno presenta con la propria libertà del dire. Questo è il tratto che scinde la comprensione estetica del diritto dalla comprensione dell'opera d'arte, poiché l'arte può restare incomprensibile in quanto arte, mentre il diritto deve essere compreso in quanto diritto.⁴⁵⁵

⁴⁵¹A justiça no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocrática. Justiça significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça sob o Direito. (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 20-21)

⁴⁵²BARTOLI, Gianpaolo. Hermeneutica Iuris. Per una Lettura ‘Giuridica’ del Testo Normativo. **I-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale**, Agosto 2010, n.º 9. Disponível em <<http://www.i-lex.it/articles/volume5/issue9/bartoli.pdf>> Acessado em 05/02/2018. p. 90.

⁴⁵³LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002. P. 297-298.

⁴⁵⁴FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. **Revista Derechos y Libertades**, 1999, Pp.63-79. P. 74.

⁴⁵⁵Nella prospettiva fenomenologica percorsa da Romano il diritto resta comprensibile solo alla luce (jός) della giustizia resa nel rapporto con l'altro, per cui la giustizia è il senso della giuridicità e dell'essere sociale, altrimenti residuando la forma vuota di un diritto privo di senso (unsinnig). (BARTOLI, Gianpaolo. Hermeneutica Iuris. Per una Lettura ‘Giuridica’ del Testo Normativo. **I-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale**, Agosto 2010, n.º 9. Disponível em <<http://www.i-lex.it/articles/volume5/issue9/bartoli.pdf>> Acessado em 05/02/2018. P.90)

Nas palavras de Piero Calamandrei, ao colocar sob o mesmo plano quem cria o direito e quem aplica “a filosofia observa que não menos do que a atividade criadora das leis, deve-se considerar que entra na política a atividade encaminhada a cumpri-las, porque não somente está dirigida a fins práticos, ou seja, políticos, a obra do legislador que ao ditar as leis trata de impor à sociedade uma certa ordem correspondente à sua vontade, mas também é essencialmente prática e, por conseguinte, política a atividade de quem transforma em atos concretos de vontade as sugestões e as diretrizes contidas nas normas abstratas estabelecidas pelo legislador”⁴⁵⁶. Ao modificar a realidade o Estado-Juiz concorre para a criação da lei ao caso singular, pois na medida que criam a norma para o caso concreto, fazem política sem perceber.⁴⁵⁷

No plano da formulação-criação do direito não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias.⁴⁵⁸ O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de Direito, a Constituição e as Leis, a um só tempo, legitimam e limitam o Poder Político⁴⁵⁹ “*De la misma manera hay que sostener que los jueces y magistrados hacen política, naturalmente entendida ésta como incidencia en la vida pública de un país, no como actividad partidista.*”⁴⁶⁰

⁴⁵⁶CALAMANDREI, Piero. **Estudos de Direito Processual na Itália**. Campinas: LZN Editora, 2003. P. 72-73,

⁴⁵⁷[...] como los hombres no somos ángeles, ni siquiera serafines, y todos nos creemos con derecho a todo en esta vida y en la otra, es de absoluta necesidad que, además de establecer el derecho en forma legible y clara, con todas las garantías de justicia, razón, equidad, prudencia y cuantos elementos de ciencia y experiencia sean asequibles a la mente humana, exista alguien que con todas las garantías anteriores y algunas más de honradez, honorabilidad, entendimiento, etc., declare el derecho en el caso concreto debatido, lo conceda y lo haga cumplir. La justicia no se hace sola. Y por esta razón, tan elemental como antigua, surge como de la mano la existencia del Juez, que hago extensiva a todo el que juzga en las distintas jerarquías del orden judicial. (TORRES, Miguel. **El Juez Español**. Lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser. Madrid: San Bernardo, 1875. P. 16-17)

⁴⁵⁸¿Se puede creer que edictos y fórmulas técnicamente perfectos, fuesen obra de un magistrado que podía ser un eminente político y al mismo tiempo ignorante en materias jurídicas? (BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. P. 140)

⁴⁵⁹A separação entre Direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (the rule of law) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do Direito. Essa separação é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Nela se cultivam crenças como a da neutralidade científica, da completude do Direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das normas jurídicas, em valorações estritamente técnicas. Tal perspectiva esteve sob fogo cerrado ao longo de boa parte do século passado, tendo sido criticada por tratar questões políticas como se fossem linguísticas e por ocultar escolhas entre diferentes possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível. Mais recentemente, autores diversos têm procurado resgatar o formalismo jurídico, em uma versão requalificada, cuja ênfase é a valorização das regras e a contenção da discricionariedade judicial. (BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política**. **Revista da Faculdade de Direito Uerj**, volume 2, n.º21, jan/jun 2012, Pp.1-50. P. 15 e 16)

⁴⁶⁰La potestad jurisdiccional quedó apartada de todos aquellos supuestos en los que incide directamente la actuación política o el gobierno de una nación. Ni siquiera se le confiaba la tutela de los derechos y libertades fundamentales proclamados por la Constitución; se partía aquí de la idea, falsa como tantas otras de la Revolución

O direito possui preocupações com o presente e com o futuro, por isso suas decisões não podem ser pensadas sem uma carga política, reflexo da responsabilidade social do juiz: *“El juez tiene que recuperar el orgullo de serlo y ello sólo podrá hacerse cuando cada juez asuma que no está al servicio del detentador de turno del poder político; cuando comprenda que su función radica esencialmente en la tutela de los derechos de cada uno de los ciudadanos, tutela que debe hacerse frente a todos, incluido el detentador del poder.”*⁴⁶¹

A existência de um poder político faz possível atender as necessidades coletivas e a abertura de caminhos para realizar aspirações.⁴⁶² A dissociação do Jurídico e do Político é impossível, pois a segunda precede a primeira. Na medida em que não há poder político a sociedade se desintegraria e cairia em uma situação de anarquia, que dissolve os nexos inter-

Burguesa, de que su proclamación era suficiente para lograr la efectividad práctica. No vamos a detenernos aquí en la evolución que ha llevado, primero, al control de la Administración, y, después, de la constitucionalidad de las leyes. Vamos a destacar simplemente que ello no se ha logrado sin resistencias de los controlados. Estas evoluciones son la historia de las limitaciones de las potestades legislativa y ejecutiva a lo establecido en las constituciones, y ello en defensa de la libertad del ciudadano. Ello se ha hecho a base de que los titulares de estas potestades pierdan parcelas de poder. En esta lucha se ha argumentado jurídica y políticamente; se ha dicho que juzgar a la Administración es administrar, lo que suponía la inmisión del poder judicial en el ámbito del ejecutivo, y últimamente hemos oído que el control de la constitucionalidad de las leyes supone que, personas no elegidas por el pueblo, controlen a los representantes de éste; en los dos casos se trataba de mantener parcelas de poder no limitado. Esta evolución ha conducido a que en la actualidad las constituciones determinen que el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional sea el siguiente: 1.º Tutela de los derechos de las personas (con lo que se está pensando básicamente en el proceso civil, y por eso del art. I del Título Preliminar del CPC se refiere se refiere a esa tutela en el ejercicio de derechos e intereses). 2.º Monopolio en la imposición de las penas (art. 139.10 de la Constitución establece el principio de no ser penado sin proceso judicial). 3.º Tutela de los derechos y libertades fundamentales (el art. 200 de la Constitución establece como garantías constitucionales las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data). 4.º Control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa (el art. 148 de la Constitución establece la acción contencioso-administrativa). 5.º Control de la constitucionalidad de las leyes (el art. 200 alude a la acción de inconstitucionalidad, el 201 al Tribunal Constitucional y el 202 dice que corresponde a este tribunal conocer en instancia única de la acción de inconstitucionalidad). Si éste es el ámbito en el que hoy se ejerce la jurisdicción por los órganos dotados de ella habrá de concluirse que el poder judicial es partícipe del poder político en el Estado. (AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. P.37)

⁴⁶¹La palabra “política” tiene en nuestros países un componente peyorativo, como consecuencia de una tradición que ha visto en su ejercicio algo degradante para el que la hace. Hoy es difícil sustraerse a ese juicio negativo, pero debe distinguirse entre hacer política, que es una noble actividad humana al servicio del interés general, y hacer política de partido, que implica una lucha por el poder. El juez no puede dejar de hacer política, pero no debe hacer política de partido. El juez tiene que recuperar el orgullo de serlo y ello sólo podrá hacerse cuando cada juez asuma que no está al servicio del detentador de turno del poder político; cuando comprenda que su función radica esencialmente en la tutela de los derechos de cada uno de los ciudadanos, tutela que debe hacerse frente a todos, incluido el detentador del poder. Cuando los jueces se ven a sí mismos, no como una prolongación del poder ejecutivo, sino como defensores del ciudadano, recuperarán, primero, su propio orgullo y, después, el prestigio social. (AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. P.337-38)

⁴⁶²SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 180-181.

humanos e a própria noção do cidadão.⁴⁶³ O direito, sem o poder, é ineficaz, e o poder, sem o direito, é cego e pode converter-se em uma fonte de um sem número de atrocidades.^{464, 465}

Com a politização da Jurisdição, a principal consequência é o *ativismo judicial*, que manifesta na jurisdição alta carga política à decisão. Com a posterior digressão sobre o assunto, mostrar-se á que diferente do que tradicionalmente posto, o direito na atualidade, unido à Democracia, cobra que o ativismo judicial não seja fruto da filosofia da consciência, mas que venha legitimado socialmente pela função processual.

permanece indubitável o fato da íntima vinculação entre processo e poder político. A bem dizer, ela adquire relevo particular em época como a nossa, na qual o juiz se vê chamado, com frequência cada vez maior, a suprir, em sua atividade, omissões do legislador e do administrador, bem como a resolver problemas que, por suas dimensões supra-individuais e seu impacto de massa, interessam a vastos setores da população e cuja solução, em alguns casos, pode influenciar de maneira significativa o próprio destino da comunidade nacional. É quanto basta para demonstrar que a visão mais aprofundada do mecanismo judicial e de seu funcionamento implica, necessariamente, a contemplação de tais realidades à luz da ciência política.⁴⁶⁶

O processo que perpassa o sentido de democracia participativa permite que o contexto converse e também crie texto, aderindo os conflitos da vida (inatos a existência do ser) uma plena manifestação. Os conflitos apresentam relevância crucial aos sistemas jurídicos, assim instigado pela dinamicidade humana mudanças sociais de teor revolucionário ao cenário

⁴⁶³SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 178-179.

⁴⁶⁴SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 180-181.

⁴⁶⁵... el poder es el presupuesto del Derecho y el Derecho es el fundamento del poder, en el sentido de que no existe ningún Derecho sin un poder que sea capaz de hacerlo respetar, y no hay poder, al menos en los ordenamientos modernos, que no encuentre su fundamento en el Derecho. Pero esta misma relación puede ser interpretada en un sentido completamente diferente: como relación no ya de implicación recíproca, sino de recíproca oposición. Es éste el sentido que me parece más significativo, al menos desde la perspectiva del tema que me ha sido asignado, es decir, de la relación entre jurisdicción y política en el Estado de Derecho. El poder — todos los poderes, incluso el de los jueces — tiende a acumularse siempre en formas absolutas; y el Derecho, a su vez, por lo menos en la edad moderna, se configura como una técnica de ordenación y, por tanto, de limitación y minimización del poder. (FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. **Revista Derechos y Libertades**, 1999, Pp.63-79.P. 63-64)

⁴⁶⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a Multiplicidade de Perspectivas no Estudo do Processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, vol.56, n. 4º, 1987. Rio de Janeiro: Forense, 1957. P. 21-22

político, o fenômeno conflitual denota a democratização da democracia e impõe-se como direito politizado⁴⁶⁷.⁴⁶⁸

Da Jurisdição ao Processo significa que a centralidade política está voltada na atualidade ao Processo (as partes como cidadãos ativos democratizam os debates, superando assim a centralidade política da jurisdição motivada em decisões evasivas do julgador), pois passa a renovar-se diante da Ciência Processual, passa a dar relevo as manifestações sociais dos fenômenos conflituais, os quais criam dissonâncias não alcançadas pelas normas gerais, atingindo concretização o fenômeno como norma individual.

O Processo como gênese do direito aderido e ressignificado em suas funções e estruturas passa a ser não o limitador, mas sim o possibilitador no tocante à criação do direito, assim *contando o direito até três: “um, dois, três”*⁴⁶⁹. O Estado Ativo-Responsivo, proporciona uma ordem democrática que, demonstrando permeabilidade a demandas sociais, antigas e novas,

⁴⁶⁷Hampshire identifies several principles which are crucial to understanding the importance of procedural justice. Conflict is human and ubiquitous. Conflict is actually necessary for defining what is important about oneself and the polity to which individuals belong, and for instigating important social change (e.g., the elimination of slavery, the movements toward racial and gender equality, as well as increased democratic participation in many nations). Agreement on all human values is unlikely given human diversity, deep-seated cultural norms, and the variation of human needs and desires. Even if we cannot all agree on substantive norms and goals, we can probably agree on some processes for making decisions that will enable us to go forward and act. We might have some virtually universal ideas about procedural fairness, like the ability to "make a case" and "be heard" and to have impartiality and fairness govern any decision-making process. Some might go further and suggest that some participation in the process by which decisions are made is essential to the legitimacy of a process (with or without commitments to democratic political regimes). There is historical (and I would add functional) variation to what those fair procedures might be in any particular context, as long as all (not just "both") parties are given an opportunity to be heard on (or, I would add, participate in) decisions affecting them. This is the principle of process pluralism (which is of defining importance to the modern dispute resolution movement and is what distinguishes us, conflict theorists and practitioners, from more conventional jurists who often still see conventional legal processes as the only way forward to substantive justice). Conflict resolution is a human skill (to be theorized about, taught, learned, and practiced) and a difficult but highly valued one at that. I would add it is more than a single skill, constituting a multidimensional set of skills, implicating abilities to listen, articulate, advocate, empathize, analyze, facilitate, create, manage, and care about people and their problems, issues, values, and material well-being. (MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context**. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/>>. Acessado em: 31/01/2018. P. 9)

⁴⁶⁸Le litige ne s'assimile pas au conflit. Il existe des conflits qui ne sont pas d'ordre juridique. Conflits familiaux, conflits religieux, conflits étatiques, « les conflits sont les manifestations d'antagonisme ouvert entre deux acteurs (individuels ou collectifs) aux intérêts momentanément incompatibles quant à la possession de biens rares, matériels ou symboliques ». Un conflit peut exister indépendamment d'un litige. pièce de conflit, un conflit juridique. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.36-38)

⁴⁶⁹La tercera parte de la obra, que bebe de una filosofía del Derecho normativa, trata de despejar qué finalidades ha de perseguir el Derecho si pretende cumplir con este programa. He llegado a la conclusión de que tres —y las menciono inmediatamente—: se trata de tres finalidades dialécticamente vinculadas que no pueden pensarse de manera independiente, al tiempo que esa unión entre ellas responde solo a esa idea de las finalidades del Derecho. Asumamos la siguiente formulación: un orden jurídico susceptible de acceder al nivel del tercero (1) define un equilibrio social general con vocación operativa, (2) susceptible de ser impuesto mediante coacción controlada generadora de confianza, y (3) con una naturaleza tal que le lleva a ser cuestionado, al menos hasta cierto punto, en el marco de procedimientos determinados. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P. 39)

põe sob tensão princípios, leis e políticas públicas, no sentido de uma permanente renovação do direito feita com a participação de todos.^{470,471}

3 - O Ativismo Judicial⁴⁷² como Fenômeno Reestruturante da Jurisdição e a Projeção da Centralidade Política no Processo⁴⁷³

(el juez debe ser juez)⁴⁷⁴

O Ativismo Judicial é um dos temas mais comentados e estudados da atualidade, embora não seja um fenômeno recente: foi cunhado por *Schlesinger*, em 1947⁴⁷⁵, em um artigo publicado na Revista *Fortune*⁴⁷⁶. *Schlesinger* usou a expressão para transmitir ideias

⁴⁷⁰NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 9.

⁴⁷¹RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; DAWSON, John Philip. **Gli Oracoli del Diritto**. Napoli: Neçça Sede Dell'Istituto, 2014; CARNELUTTI, Francesco. **A Arte do Direito**. Seis Mediações sobre o Direito. 2º ed.. Campinas: Bookseller, 2015; HOLMES JR, Oliver Wendell. **La Senda del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2014; CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960; OST, François. **Il Ruolo del Giudice**. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727.; OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017 ; MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista**. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012; FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial**. 1ª ed.. México: Coordinación de Humanidades Unam, 1986; LATOUR, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010.

⁴⁷²Algo muito relevante e que muitos juristas vem confundindo na atualidade é o Garantismo e o Ativismo e, brilhantemente, Juan Picó I Junoy Diferencia e explicita tal engodo. (JUNOY, Juan Picó I. **El Derecho Procesal entre el Garantismo y el eficacia**: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). **Proceso Civil e Ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006)

⁴⁷³A pesar de que los artífices detrás de las normas son los legisladores, no son ellos quienes inciden de manera directa sobre el derecho material de los particulares. Tan grave responsabilidad está en manos de los jueces, quienes “aplican” el Derecho abstracto para solucionar casos concretos. Sin embargo, dicha “aplicación” del Derecho no alcanzará su objetivo si es que antes no se ha delimitado cuál es el rol que debe cumplir el juez en nuestra sociedad contemporánea. ¿Debe limitarse a leer, interpretar y aplicar la ley o debe traer a la mesa lo que cosecha de sus propias reflexiones e ideales? (POSNER, Richard A. **EL Rol del Juez en el Siglo XXI**. **Revista de Derecho Themis**, Año 45, n.º 58, Pp.199-211. P. 99)

⁴⁷⁴COSSIO, Carlos. **La Plenitud del Orden Jurídico: y la Interpretación Judicial de la Ley**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 59.

⁴⁷⁵Intitula-se a obra de Arthur M. Schlesinger Jr. **The Supreme Court**. In: *Fortune*, 1947.

⁴⁷⁶[...] the first use of the term to attract substantial attention from the public occurred in a popular magazine, in an article meant for a general audience written by a non-lawyer. Arthur Schlesinger Jr. introduced the term ‘judicial activism’ to the public in a *Fortune* magazine article in January 1947. Schlesinger's article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justices Black, Douglas, Murphy, and Rutledge as the ‘Judicial Activists’ and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the ‘Champions of Self Restraint’. Justice Reed and Chief Justice Vinson comprised a middle group. By 1947, none of the justices openly questioned the constitutionality of the New Deal. Instead, the Court split over the interpretation of legislation and ‘the proper function of the judiciary in a democracy’. Schlesinger describes the competing approaches: This conflict may be described in several ways. The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range

fundamentais sobre o direito, a política, e o papel judicial para uma audiência específica. Em que pese ser um conceito conhecido no meio jurídico, o *ativismo judicial*⁴⁷⁷ é fonte de muitas dúvidas e questionamentos, pois envolve principalmente a discussão acerca dos *limites* impostos ao Judiciário em uma Democracia. O estudo profundo sobre o *ativismo judicial* importa em domínio sobre assuntos vários que regem a formação do Estado, mas, inicialmente, para a boa compreensão acerca da função da Jurisdição na contemporaneidade é necessário considerar as novas expressões sociais que exigem do direito novas respostas para que seja realizada adaptação existencial, que já não mais se estrutura em formas rígidas baseadas na “paz social” e na “coesão social”⁴⁷⁸.

of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system. Each side that Schlesinger portrayed in *Fortune* is the product of a distinct legal worldview. The Black-Douglas view has its roots in the Yale Law School, which had strong ties to both Black and Douglas. This view perceived legal reasoning as malleable, rather than scientific. As Schlesinger describes, the Yale Law School ‘Judicial Activist’ camp believed and wrote that ‘the resources of legal artifice, the ambiguity of precedents, the range of applicable doctrine, are all so extensive that in most cases in which there is a reasonable difference of opinion a judge can come out on either side without straining the fabric of legal logic’. In short, there are no unassailable ‘right’ answers, and policy concerns move to the forefront. ‘A wise judge’, if he accepts this philosophy, ‘knows that political choice is inevitable; he makes no false pretense of objectivity and consciously exercises the judicial power with an eye to social results’. Schlesinger’s Judicial Activists believe that law and politics are inseparable. They see judicial decisions as ‘result-oriented’, because no result is foreordained. They adopt the famous Learned Hand dictum that ‘the words a judge must construe are ‘empty vessels into which he can pour nearly anything he will’. From this perspective, the Frankfurter-Jackson ideal of judicial restraint begins to look like abdication of responsibility; ‘deference’ to the legal status quo becomes a decision to favor the interests positioned to benefit from that status quo. According to the Judicial Activists, Schlesinger writes, ‘The Court cannot escape politics: therefore, let it use its political power for wholesome social purposes’. (KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California Law Review. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 12-06-2017)

⁴⁷⁷Contributing to the confusion different meanings are attached to “activism.” Sometimes it means a penchant for striking legislation; sometimes it means deciding cases according to personal preferences; sometimes it means a willingness to overturn longstanding precedent; and sometimes it means interpreting court power expansively with respect to other branches of government. These different forms of activism do not necessarily line up together: Justice Scalia, for example, claims to be against activism; he castigates the importing by judges of personal preferences into their judicial decisions, but votes to strike federal legislation at a comparatively high rate, thus committing one kind of activism while defending against another (TAMANAH, Brian Z. **Law as a Means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.175)

⁴⁷⁸Tradicionalmente a doutrina se ocupa de considerar os objetivos do direito como “coesão social” e “paz social”, o que manifesta maneiras de se desconsiderar os fenômenos conflituosos de interesse e sua importância, pois negam as manifestações conflituosas na sociedade em busca de uma (utópica) construção pacífica a partir da natureza humana que tem em seu núcleo na inerente e circunstancial bondade e maldade (Ver: ZIMBARDO, Philip. **El Efecto Lucifer**: el porqué de la maldad. Barcelona: Paidós, 2008 e ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2014). Na ora tese afirma-se a existência da adaptação existencial do direito, pois esta busca acompanhar as expressões várias do humano no decorrer da história, aceitando a sua interna e complexa composição – impossível de ser racionalizada ou posta a uma solidariedade inerente.

Nesse sentido, alguns autores dizem que o *ativismo judicial* passou por duas fases⁴⁷⁹ e que no século XXI inaugura-se a terceira fase, a qual se desenvolve na atualidade. As expressões da terceira fase do ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro merecem uma especial atenção, pois consistem na devida consideração da transformação da Jurisdição e do Processo e na relação desses para com o Estado Democrático de direito.

Dessa forma, para abordar o *ativismo judicial* e sugerir uma terceira fase de sua transformação, é necessário conhecer a história, conceitos e fundamentos do *ativismo judicial*, uma vez que se cuidará em apresentar o que vem a ser essa expressão e as justificativas que se fazem presentes quando a “função” jurisdicional é exercida de forma ativa (propondo, no plano de fundo, a superação do paradigma-dogmatizante de um juiz exegético “boca da lei”). A terceira fase do *ativismo judicial* acompanha a necessidade de atender aos contextos plurais das sociedades democráticas, que estão a exigir do Poder Judiciário mais que mera subsunção à norma.

O termo é eminentemente americano, reflexo da tradição anglo-americana e advém do reconhecimento ao juiz para decidir sobre os fenômenos resguardando a epistemologia constitucional, com base em suas orientações políticas, efetivamente substituindo o legislador. Como se sabe, o direito americano é centrado na preeminências dos tribunais na criação de normas e doutrinas jurídicas.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹Judge Wilkinson's concurrence suggests that judicial activism is alive and well in the United States. In the twentieth century, he explains, it "falls into three general stages." The first stage was the *Lochner* era, "beginning roughly with the decision in *Lochner v. New York*, and continuing through the early New Deal," which "is still widely disparaged for its mobilization of personal judicial preference in opposition to state and federal social welfare legislation." The second stage took place during the "Warren and Early Burger Courts," roughly the 1950s through the early 1970s, which "focused on finding new substantive rights in the Constitution and down played that document's structural mandates." As Judge Wilkinson sees it, "Although many of its individual decisions were overdue and salutary, when the era is considered as a whole, the states were relegated to a second-class constitutional status." Finally, the third stage of judicial activism "probably began with *New York v. United States*," and continues into the twenty-first century. (MIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California Law Review. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acessado em: 12-06-2017)

⁴⁸⁰In questo spazio ‘interstiziale’ – per riprendere la famosa espressione utilizzata in una dissenting opinion dal celebre giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Oliver Wendell Holmes – su cui si poggiano le fondamenta teorico-pratiche della discrezionalità (che in determinati contesti potrebbe trasformarsi in arbitrio) del giudice, generata da una certa indeterminatezza delle regole, si dispiega fino in fondo quello che nei sistemi di common law viene comunemente definito come il «judicial craft», che è «il mestiere», ma anche la forma mentis indotta da pulsioni di natura sociologica, economica e culturale. Nel medesimo spazio si sviluppa altresì il fenomeno che negli Stati Uniti va sotto il nome di ‘attivismo giurisdizionale’, o judicial activism (in opposizione al self-restraint, che costituisce invece il principio-guida della magistratura americana), cioè l’accusa rivolta dai commentatori e dagli attori politici ai giudici – in particolare della Corte Suprema federale – di decidere determinate questioni (specialmente di natura costituzionale) in base ai propri orientamenti politici, sostituendosi di fatto al legislatore. Gettando lo sguardo sul Vecchio Continente, Dawson usufruì di un angolo visuale privilegiato dal quale fare un raffronto tra il «mestiere del giudice» (che, com’è stato osservato, con questo studio diede prova di conoscere a fondo) nel discorso giuridico statunitense – incentrato, com’è noto, sulla preminenza delle corti nella creazione delle norme nonché delle dottrine giuridiche, tipico della tradizione angloamericana – e nei principali discorsi giuridici europei, ricostruendo in una prospettiva comparatistica l’evoluzione storica della ‘creazione’ del

A *primeira* fase do ativismo judicial ocorre no período do *laissez faire*⁴⁸¹ frente a *Corte Lochner* (1905-1937)⁴⁸², marcada por ser um Ativismo Judicial Conservador⁴⁸³, que aparece nitidamente em três casos em específico, sendo eles, *Lochner v New York*, *Hammer v Dagenhart* (1923), *Adkins v Hospital Infantil*. Nesse período a Suprema Corte dos EUA foi descrita como sendo judicialmente ativista mas politicamente conservadora, formando assim a era *Lochner*, caracterizada por um ativismo judicial no campo das liberdades individuais⁴⁸⁴ de característica conservadora⁴⁸⁵.

diritto mediante la produzione delle decisioni giurisdizionali, naturalmente accompagnata dal law reporting. (DAWSON, John Philip. *Gli Oracoli del Diritto*. Napoli: Neçça Sede Dell'Istituto, 2014)

⁴⁸¹KATJU, Markandey. **Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism**. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 12-06-2017.

⁴⁸²**Oxford Companion to the US Supreme Court: Judicial Activism**. Disponível em: <<http://www.answers.com/topic/judicial-activism#ixzz2i0MIZ9hV>>. Acessado em: 17-08-2017.

⁴⁸³O exemplo mais conhecido de ativismo judicial conservador é *Lochner v New York* (1905), um caso em que o Tribunal invalidou a lei de Nova York que regulamenta as horas padeiros poderia funcionar como uma violação da "liberdade de contrato", uma parte da doutrina do devido processo substantivo sob a Décima Quarta Emenda. (The best-known example of conservative judicial activism is *Lochner v. New York* (1905), a case in which the Court invalidated New York's law regulating the hours bakers could work as a violation of "liberty of contract," a part of the doctrine of substantive due process under the Fourteenth Amendment.) (**Oxford Companion to the US Supreme Court: Judicial Activism**. Disponível em: <<http://www.answers.com/topic/judicial-activism#ixzz2i0MIZ9hV>>. Acessado em: 17-08-2017)

⁴⁸⁴Os primeiros anos do século 20 viu uma onda de legislação nos EUA para proteger os trabalhadores das condições terríveis que foram então prevalentes. Estes incluíram Atos fixação número máximo de horas de trabalho para operários em fábricas, salários mínimos, e outras medidas de bem-estar. A Suprema Corte dos EUA, no entanto, considerou esta "interferência na liberdade de contrato", como inconstitucional. Ele interpretou a palavra "liberdade" nos 5^o e 14 Alterações como inclusive a liberdade de contrato, e, assim formulado, na última década do século 19, a teoria do "devido processo econômico", segundo a qual era essencial que todas as medidas de restrição liberdade de contrato ser justo, justo e razoável, isto é, de acordo com a cláusula do devido processo na 14^a Emenda. Sob essa teoria, repetidamente derrubou a legislação trabalhista e as normas reguladoras econômicas. (The early years of the 20th century saw a spate of legislation in U.S.A. to protect workers from the dreadful conditions that were then prevailing. These included Acts fixing maximum hours of work for workmen in factories, minimum wages, and other welfare measures. The US Supreme Court, however, regarded this "interference with freedom of contract" as unconstitutional. It interpreted the word 'liberty' in the 5th and 14th Amendments as including liberty of contract, and thereby formulated, in the last decade of the 19th century, a theory of "economic due process" according to which it was essential that all measures restricting liberty of contract be just, fair and reasonable, that is, in accordance with the due process clause in the 14th Amendment. Under this theory it repeatedly struck down labour legislation and economic regulatory rules.) (KATJU, Markandey. **Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism**. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 17-05-2017)

⁴⁸⁵Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política*. **Revista da Faculdade de Direito Uerj**, volume 2, n.º21, jan/jun 2012, Pp.1-50. P. 15 e 16. P. 7)

Durante algum tempo, um juiz Liberal acreditava que a abordagem esclarecida dos Tribunais era a resposta para muitos problemas sociais, enquanto uma fé conservadora judicial fora colocada nos processos democráticos tradicionais. Talvez a reclamação padrão da época fosse sobre juízes ativistas e liberais, substituir a vontade do povo por suas preferências pessoais. Esta conexão entre o ativismo e o liberalismo tomou uma espera tão firme sobre a percepção pública de que sempre que um político utiliza o termo juiz ativista, a palavra liberal é certamente seguida⁴⁸⁶. Os Juízes Liberais tiveram desde o início a preocupação em proteger os direitos individuais e da liberdade pessoal⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶During this time, a “judicial liberal believed that the enlightened approach of the courts was the answer to many social problems while a judicial conservative placed faith in traditional democratic processes. Perhaps the standard complaint of the era was about “liberal, activist judges” substituting their “personal preferences” for the “will of the people.” This connection between activism and liberalism has taken such a firm hold on public perceptions that “whenever a politician uses the term ‘activist judge,’ the word liberal is sure to follow. (CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939768> Acessado em 02/02/2018)

⁴⁸⁷YUNG, Corey Rayburn. **Flexing Judicial Muscle: an Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts**. 2011, University School of Law, vol. 105, n.º1. Disponível em <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsrdir=1&article=1180&context=nulr>> Acessado em 02/02/2018. P. 9-10.

A *segunda* fase do Ativismo Judicial manifesta-se pela Corte *Warren*^{488, 489} (1953-1969)^{490, 491}, onde muitos dos casos foram positivos e tiveram aceitação social⁴⁹² demonstrando

⁴⁸⁸Warren, J., who had been elevated to the bench after three terms as the Governor of California, came committed to social justice ideologies. He himself stated that justice for all was not a function only of the Supreme Court, but could only be achieved once all branches of the legal system worked together in harmony. (KATJU, Markandey. **Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism**. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 12-06-2017)

⁴⁸⁹Le pouvoir exercé par les juges, comme tous les pouvoirs, se maintient d'autant mieux que son exercice passé a donné satisfaction. Ainsi, lorsque l'institution même et les compétences du Conseil constitutionnel sont la cible d'attaques — en général de la part d'hommes politiques de la majorité du moment, mécontents que la loi qu'ils viennent de voter ait été censurée —, ceux qui entreprennent de défendre l'institution même du Conseil et les compétences ont beau jeu de dresser le catalogue de sa jurisprudence et de prendre chacun à témoin de l'incongruité qu'il y aurait à retirer de notre droit les garanties fondamentales que le Conseil constitutionnel a progressivement ajoutées aux dispositions écrites dont il est le gardien. Les mêmes observations pourraient être faites à propos de la Cour Warren aux États-Unis (1953-1969), qui, lorsqu'elle est critiquée, l'est pour des raisons de répartition des pouvoirs entre la Fédération et les États fédérés, et qui, lorsqu'elle est défendue, l'est en raison des garanties fondamentales qu'elle a apportées aux habitants des États-Unis, et dont il serait politiquement périlleux de prôner l'abolition. A contrario, c'est la désastreuse jurisprudence des Parlements, dans la France de l'Ancien Régime, ou en tout cas l'image que s'en étaient faite la plupart des hommes politiques de la Révolution, qui est à l'origine de la volonté de ceux-ci de brider autant que faire ce pouvait le pouvoir des magistrats. Le bilan d'un pouvoir est donc un argument puissant pour ou contre sa continuation. (CANIVET, Guy. *Activisme Judiciaire et Prudence Interprétative*. **Archive philosophie du droit**, n.º 50, dalloz, 2007, Pp 7-32. P. 12)

⁴⁹⁰Em 1953, Earl Warren foi indicado Presidente da Suprema Corte norte-americana pelo Presidente Eisenhower. Nela atuou até 1969, sendo sucedido por Warren Burger, indicado pelo Presidente Nixon. Quando assumiu o posto, a Suprema Corte era composta por Hugo Black, William Douglas, Felix Frankfurter, Tom Clark, Stanley Reed, Harold Burton, Robert Jackson e Sherman Minton. Ocorreram as seguintes substituições: de Jackson por John Harlan, em 1955; de Minton por William Brennan, em 1956; de Reed por Charles Whittaker, em 1957; de Burton por Potter Stewart, em 1958; de Frankfurter por Arthur Goldberg, em 1962; de Whittaker por Byron White, também em 1962; de Goldberg por Abe Fortas, em 1965; de Clark por Thurgood Marshall, em 1967. Historiadores norte-americanos destacam que a Presidência de Warren pode ser dividida em dois períodos, pois a partir de 1962 – com a substituição do relativamente conservador Whittaker por Byron White e com a substituição de Felix Frankfurter, principal defensor da autocontenção judicial, pelo liberal Arthur Goldberg – logrou-se formar uma sólida maioria liberal (liberal no sentido próprio da política norte-americana). A maioria liberal, também composta por Black, Douglas, e Brennan, e pelo próprio Warren, foi reforçada em 1967 com a nomeação de Thurgood Marshall, o primeiro negro a compor a Suprema Corte norte-americana. Dentre todos eles, merecem especial destaque, além do próprio “Chief Justice”: a) Hugo Black, principal defensor da interpretação estrita do texto constitucional, especialmente da Primeira Emenda; b) William Douglas, considerado juiz brilhante; c) William Brennan, considerado por alguns como o principal juiz do período, por sua liderança intelectual, não devendo também ser desconsiderado que, após a saída de Warren, foi ele quem assumiu a liderança da ala liberal. (MORO, Sergio. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 122-123)

⁴⁹¹KATJU, Markandey. **Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism**. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 12-06-2017)

⁴⁹²Some criticisms of the Warren Court's jurisprudence as "judicial activism" amount to a concern that it is a form of judicial legislation. Justice Black expressed this view in dissent in *United States v. Wade*, a case about the right to counsel during a post-indictment lineup. Justice Black argued that the Court's proposed remedy--a new trial unless the government could show that introducing the evidence was harmless error--was far too strong. In the first-ever Supreme Court use of the term "judicial activism," Justice Black wrote that if he followed the majority, he "would feel that we are deciding what the Constitution is, not from what it says, but from what we think it would have been wise for the Framers to put in it. That to me would be 'judicial activism' at its worst." From Justice Black's perspective, the majority was acting as a mini-legislature by reading rights into the Due Process Clause where he believed they did not exist. Critics of the Warren Court have often voiced Justice Black's concerns. Even admirers of the Warren Court concede that it was activist in this sense. As Gary Schwartz put it, "In its constitutional rulings, the Warren Court was the paradigm of judicial activism." However, many of the Warren Court decisions most often labeled as judicial activism have gained acceptance. For example, *Miranda v. Arizona*, which created a mandatory warning that police must give to all suspects upon arrest, is generally accepted by the

assim ser um ativismo liberal que veio a revolucionar o cenário estrutural e funcional do Estado, persistindo com a Corte Burger e também com a Corte Rehnquist⁴⁹³.

Os debates suscitados pelas Cortes que deram início ao Ativismo Judicial separavam os juízes entre ativistas (*Judicial Activism*, expoentes da segunda fase) e conservadores (*Judicial Restraint*, expoentes da primeira fase), sendo que, os *Juízes Liberais* deste período acreditavam que uma abordagem esclarecedora seria a resposta para muitos dos problemas sociais, enquanto uma decisão judicial de um *Juiz Conservador* assenta-se sua fé nos processos democráticos tradicionais. Um grande exemplo do ativismo liberal contrário ao *Judicial Restraint* (restrição judicial) tem como caso mais conhecido *Roe versus Wade* (1973)⁴⁹⁴, ocasião em que o Tribunal derrubou as leis restritivas ao aborto como uma violação do "direito à privacidade".

public and the police, a fact cited in its reaffirmation by the Supreme Court itself in *United States v. Dickerson*. (MIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. *California Law Review*. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acessado em: 12-06-2017)

⁴⁹³Judge Wilkinson's concurrence suggests that judicial activism is alive and well in the United States. In the twentieth century, he explains, it "falls into three general stages." The first stage was the *Lochner* era, "beginning roughly with the decision in *Lochner v. New York*, and continuing through the early New Deal," which "is still widely disparaged for its mobilization of personal judicial preference in opposition to state and federal social welfare legislation." The second stage took place during the "Warren and Early Burger Courts," roughly the 1950s through the early 1970s, which "focused on finding new substantive rights in the Constitution and down played that document's structural mandates." As Judge Wilkinson sees it, "Although many of its individual decisions were overdue and salutary, when the era is considered as a whole, the states were relegated to a second-class constitutional status." Finally, the third stage of judicial activism "probably began with *New York v. United States*," and continues into the twenty-first century. "The common thread of contemporary activism," Judge Wilkinson explains, "is an interest in reviving the structural guarantees of dual sovereignty." The specific examples of this federalism revival are familiar to any observer of the Rehnquist Court, and have generated a great deal of commentary. They include cases limiting Congress's power under the Commerce Clause, cases restricting the ability of one branch of government to "commandeer" the instrumentalities of another, cases cabinning Congress's "enforcement power" under section five of the Fourteenth Amendment, and an array of cases expanding or affirming the scope of the Eleventh Amendment. In Brzonkala and elsewhere, Judge Wilkinson uses this historical analysis of judicial activism to defend the Rehnquist Court's "New Federalism" cases. He points out that federalism is an important constitutional value, one that had been forgotten during the second stage of judicial activism, where "the doctrine of dual sovereignty had precious little place." He argues that the third stage of judicial activism "is not a plunge off the constitutional cliff," but rather "a modest and necessary corrective," in which the Court approaches cases as "a structural referee, not an ideological combatant." It does not pose any threat to the "binding effect of the Bill of Rights upon the states, or to the constitutional underpinnings of our most basic national civil rights statutes." This analysis of judicial activism as an historical concept is commendable, whether or not one agrees with Wilkinson's ultimate conclusion, because it employs reasoned, civil argument in order to advocate for a position. It invites constructive dialogue about the Rehnquist Court's place in history, and the nature and justification of its "New Federalism" cases. Turpin and Brzonkala illustrate that the concept of judicial activism can prompt discussion of important jurisprudential issues. But if speakers fail to define their terms with precision, initially promising exchanges may lack depth and clarity. The second half of this Comment seeks to reduce potential confusion by enumerating five definitions of "judicial activism" that appear in scholarly discussions and Supreme Court opinions. The Comment also alerts readers to subsidiary questions that arise when one carefully considers each definition. (MIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. *California Law Review*. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acessado em: 02/02/2018)

⁴⁹⁴Durante casi todo el siglo XX, La Suprema Corte de los Estados Unidos, se ha debatido entre la posición originalista y una interpretativista. Así de 1954 a 1970, el llamado Tribunal o Corte Warren modificó sustancialmente la Constitución, pero no lo hizo apoyándose en el criterio *Lochner* de 1905, sino apelando a principios generales y neutrales derivados del texto constitucional. A partir de la década de los setenta, el llamado

É possível concatenar diferenças existentes entre a expressão do próprio modo se ocorrer o ativismo na segunda fase apontada. Existe algumas diferenças entre a Corte *Warren* e a Corte *Burger*:

La doctrina norteamericana ha distinguido entre la *Corte Warren y Burger*. Sobre la primera se ha dicho que el Juez Constitucional aunque llevó al límite la interpretación de la norma fundamental *lo hizo dentro de la Constitución*; en cambio, la *Corte Burger* *sustituyó al legislador en la toma de decisiones sociales sustantivas*. Los enemigos de los amplios poderes interpretativos de la Suprema Corte adujeron y aducen que sólo la interpretación que se plantea desde el punto de vista del momento originario constituyente debe entenderse legítima.⁴⁹⁵ (g.n)

Os Juízes Ativistas compreendem ser indissociáveis Direito e Política⁴⁹⁶, surgindo dois eixos Ativistas sendo eles o procedimental e o substancial, muito embora o ativismo judicial não surgiu preso a nenhuma corrente ideológica, nem liberal e nem conservadora.⁴⁹⁷ A postura ativista teve maior relevo nos Estados (Estado de Direito Social supera a ideia de mão invisível) que tem um papel mais próximo para com as suas atividades governamentais, com maior relevância em países como a Inglaterra e os Estados Unidos⁴⁹⁸, mas a tendência Ativista das funções jurisdicionais espalham-se viralmente no âmbito mundial.

Com o expressivo crescimento de programas Estatais que tem como cenário histórico o *New Deal* período da Grande Depressão de 1937⁴⁹⁹ que viu instituir numerosos programas de um governo de bem-estar⁵⁰⁰ e que proliferaram as regulamentações administrativas,

Tribunal o Corte Burger resucitó las premisas de *Lochner* en la primera sentencia sobre el aborto *Roe vs. Wade* de 1973. En dicha sentencia se estableció el “right to privacy”, no previsto expresamente en la Constitución, para fundamentar la libertad de decisión de la mujer acerca de su embarazo y otros derechos de la personalidad. (CÁRDENAS, Jaime. **Acerca de la Legitimidad Democrática del Juez Constitucional**. In: MAC-GRECOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldivar Lelo. (Coordinadores). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T. V. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 85-86)

⁴⁹⁵CÁRDENAS, Jaime. **Acerca de la Legitimidad Democrática del Juez Constitucional**. In: MAC-GRECOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldivar Lelo. (Coordinadores). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T. V. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 85-86.

⁴⁹⁶Vide: PASSOS, Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Julgando os que os Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 41-52.

⁴⁹⁷Judicial activism is not prisoner to any particular ideological or political view point; it can be conservative as well as liberal. (**Oxford Companion to the US Supreme Court: Judicial Activism**. Disponível em: <<http://www.answers.com/topic/judicial-activism#ixzz2i0MIZ9hV>>. Acessado em: 17-08-2017)

⁴⁹⁸DAMASKA, Mirjan R.. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986. P. 397.

⁴⁹⁹*The New Deal and the "revolution" of 1937 ushered in another spate of critical commentary, but again, contemporaneous literature does not mention "judicial activism" by name. Years later, after the justices agreed that the New Deal was on firm constitutional ground, the term finally surfaced in legal discourse.* (KMIEC, Keenan D.. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. *California Law Review*. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acessado em: 12-06-2017)

⁵⁰⁰*Eppure, la storia istituzionale abbonda di episodi in cui la dipendenza politica ha giocato un ruolo decisivo nel funzionamento e nella progettazione di istituzioni giudiziarie in ordinamenti sicuramente democratici: si pensi,*

expandindo-se a agenda de governo⁵⁰¹. Nos países de tradição econômico-capitalista com primazia do regime liberal-democrático imperou a noção do jurista que realiza a pesquisa pela análise e o confronto dos diversos critérios de valoração tendo como base nos quais a situação pode ser regulada. Dentro disso, um dos aspectos mais discutidos é sobre a abertura do sistema para fontes extralegislativas.⁵⁰²

Dessa forma, as formas de intervenção judicial foram criadas para comentar as linhas de atuação da Suprema Corte na época do *New Deal*: a primeira linha⁵⁰³ (liderada pelos juízes Douglas e Black) entendia que a Suprema Corte pode desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes. A

ad es., al ben noto conflitto fra il presidente statunitense Franklin D. Roosevelt e la Corte suprema, ove il primo riuscì a piegare la resistenza giurisprudenziale della seconda dinanzi alla legislazione del cd. New Deal con la sola minaccia di modificarne la composizione interna nel senso di aumentare i giudici di sua nomina; 2 oppure si pensi ai dibattiti dell'Assemblea costituente italiana sull'istituzione della Corte costituzionale, la cui composizione fu elaborata al preciso scopo di ridurre la dipendenza politica dal parlamento e, quindi, dall'indirizzo politico che ivi si sarebbe manifestato. (BISOGNI, Giovanni. **Dipendenza Politica e Teoria Dell'interpretazione Giuridica**. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). **Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 400)

⁵⁰¹DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986. P. 397.

⁵⁰²BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P.41.

⁵⁰³A opção da primeira linha foi denominada pelo autor de ativismo judicial, afirmando que, apesar de seu caráter politicamente progressista, pode representar uma ameaça à democracia, pois as decisões básicas sobre a proteção dos direitos fundamentais e a política social deviam ser tomadas por instituições eleitas democraticamente. Apesar de ter cunhado o termo, aplicando-o à análise das tendências ideológicas da Suprema Corte, Schlesinger não definiu o conceito nem apresentou critérios para classificar uma postura ou decisão no “ativismo”. O termo foi retomado em artigos do jurista Edward McWhinney. O autor analisou os dilemas ideológicos e jurídicos da Suprema Corte em decisões que envolvem questões políticas sensíveis. McWhinney criticou os juizes ativistas por não serem politicamente preparados e legitimados a traduzir anseios da comunidade nesses assuntos. Em outro texto, McWhinney criticou a indeterminação dos termos “ativismo judicial” e “autocontenção judicial” (*judicial self-restraint*), assim como seu caráter simplista que não permite classificar as decisões e posturas da Suprema Corte dos EUA, na qual não há contraposições frontais, mas diferenças sutis no aspecto temporal (em qual momento um juiz se mostra ativista) e no aspecto temático (em quais temas mostra-se ativista certo juiz). Críticas parecidas às distorções e simplificações do suposto embate entre ativistas e passivistas encontramos em artigo publicado em 1959 pelo professor de direito penal Sanford Kadish que considera essa contraposição como “melodrama” que não leva em consideração a complexidade e a tecnicidade do ofício de julgar. A busca por uma definição do termo mostra que, apesar da multiplicidade e das incertezas, há duas alternativas de definição para quem não deseja utilizar o termo de maneira emocional. Uma primeira vertente é de cunho *quantitativo*. Identifica como ativistas os juizes que intervêm demasiadamente nas decisões dos demais poderes, afetando sua separação e equilíbrio. Essa visão quantitativa não convence. Quem e como define em quais casos o juiz intervém “pouco” ou “muito”? Ainda que se estabeleça um quadro comparativo no tempo e entre países, mostrando uma atividade particularmente intensa em certo período ou país, isso não permite concluir algo sobre o “ativismo”, pois o grande número de declarações de inconstitucionalidade não significa que um tribunal seja ativista. Sua atividade intensa pode ser consequência da atuação sistemática do legislador em desrespeito à Constituição ou da amplitude das competências judiciais em certo ordenamento. Não se pode chamar de “ativista” um médico que atende muitos pacientes durante uma epidemia! (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>> Acessado em: 14-09-2017)

segunda linha⁵⁰⁴ (liderada por Jackson e Frankfurter) defendia uma postura de auto-contenção judicial, deixando o cuidado para as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo.⁵⁰⁵

Esse contexto serve para a invasão do Ativismo Judicial que passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes⁵⁰⁶. O que é relevante, naquela época, é que o crescimento significativo de intervenção do Estado em áreas anteriormente esquerda para a auto-regulação privada levou a uma aumento na atividade judicial correspondente, em particular, o Estado Social por natureza. Não se pode simplesmente exercer uma função repressiva tradicional mas deve, pelo contrário, garantir proteção ativa para os cidadãos. Tal política envolve o planejamento para o futuro desenvolvimento e afirmando objectivos e princípios sociais amplamente formuladas, deixando os Tribunais com a tarefa de concretizar, em casos da vida real, o sentido, a extensão e limites desses objectivos e princípios. É evidente que este tipo de legislação incentiva a criatividade e liberdade de escolha dos juízes.⁵⁰⁷

Em conformidade com o explicitado pode-se apontar um *terceiro* período do Ativismo Judicial, este tem por seu redimensionamento estrutural e organizacional no que tange suas

⁵⁰⁴A segunda forma de definição é a qualitativa. Não interessa a frequência da intervenção e sim o critério de atuação (ou de não atuação) do juiz. Essa perspectiva é promissora, mas exige que sejam formulados critérios claros, deduzidos de uma teoria de interpretação do direito. Tais critérios não foram formulados na doutrina consultada. 16 Isso se deve à dificuldade de distinguir entre ativismo qualitativo e atuação inconstitucional-ilegal do julgador. Aquele que atua além dos limites constitucionalmente estabelecidos contraria a Constituição e abandona o papel de seu guardião. Em tais casos, quem se refere ao ativismo usa um eufemismo para a violação do direito. (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acessado em: 14-09-2017)

⁵⁰⁵DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acessado em: 14-09-2017.

⁵⁰⁶TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. **Revista Direito GV**, São Paulo, nº 8, Pp.37-58, Jan-Jun 2012.

⁵⁰⁷With regard to the radical transformation of the role of law and government in modern “welfare” societies, it is not the right place to discuss the reasons for and effects of this transformation. What is relevant for us is that the significant growth of State intervention in fields previously left to private self-regulation has led to a corresponding increase in judicial activity. In particular, the Welfare State, by nature, cannot simply exercise a traditional repressive function, but must, on the contrary, ensure active protection for citizens. Such a policy involves planning for future development, and affirming broadly formulated social aims and principles, leaving the Courts with the task of concretising, in real-life cases, the meaning, extension and limits of these aims and principles. It is evident that this kind of legislation encourages judges’ creativity and freedom of choice. (POLLICINO, Oreste. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint. **European & International Law. German Law Journal**, vol. 5, n.º5, 2004. P. 285-286)

funções jurisdicionais encontra-se associado com o fenômeno do *Judicial Review*⁵⁰⁸ que estatui dentro de um modelo atual de Estado Ativo⁵⁰⁹.

Mas a verdade, segundo o quanto é reconhecido pelos observadores do nosso e doutros países, é diametralmente oposta; e o é no sentido de que, nesta época, *o papel criativo dos juízes longe de ser diminuído cresceu paralelamente ao acréscimo “ativismo” legislativo e administrativo*. E, como pretendo demonstrar, cresceu não a despeito, mas propriamente por causa das aumentadas intervenções dos ramos (em sentido estrito) políticos.⁵¹⁰ (g.n)

⁵⁰⁸But what is judicial activism? Once again, it is not clear that this phrase has any real meaning. The standard argument against the use of the term "judicial activism" is that it translates best as "judicial decision making with which I disagree." To see why this is so, once again let us consider the possible interpretations of the phrase: Judicial Activism as Nonabstention. One idea would be that activist judges decide cases, whereas passive judges abstain. This would make sense of "judicial activism," but it is completely unattractive as a normative ideal. Judges need to decide cases; they need to be active in the sense that they resolve controversies. Judicial Activism as Exercise of the Power of Judicial Review. A second possibility is that judicial activism means striking down statutes or invalidating executive action. A passive judge approves the conduct of the other branches of government; an active judge strikes such conduct down. Once again, this interpretation is coherent, but hardly anyone thinks that it is per se wrong for judges to invalidate unconstitutional governmental action. Very few critics of "judicial activism" would criticize a court that struck down a federal statute requiring every American to attend the services of a particular denomination. Nor would many critics of judicial activism endorse a judicial decision that upheld a law reestablishing slavery. If "activism" means "exercising the power of judicial review to invalidate executive or legislative action," then it is a coherent concept, but it would seem to be "neutral" as between good and bad judging. Judicial Activism as Incorrect Exercise of the Power of Judicial Review. What is usually meant by judicial activism is not simply judicial activity or judicial activity invalidating action by the political branches. Rather, judicial activism means judicial activity that wrongfully invalidates action by the political branches. This naturally leads to the question, "What makes an exercise of the power of judicial review wrongful?" The answer to that question is a theory of constitutional interpretation. Different theories authorize different sets of invalidations. So, adherents of different constitutional theories would apply the label "judicial activism" to different sets of decisions. And that's the problem with the phrase "judicial activism." One can define judicial activism in a way that doesn't boil down to "wrong," but those definitions make the phrase useless as a term of criticism. Or one can define judicial activism in such a way that it has real critical bite, but then the phrase ends up as a synonym for incorrect. Either way, "judicial activism" is not a useful term for constitutional theorists (SOLUM, Lawrence. **Legal Theory Lexicon: Judicial Activism & Strict Construction**. All the theory that fits!. June 18, 2012. Disponível em: <<http://www.typepad.com/services/trackback/6a00d8341bf68d53ef0176159b9e3f970c>>. Acessado em: 25-12-2017)

⁵⁰⁹Vide: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 22-25.

⁵¹⁰Uma característica evidente do nosso século XX foi a proliferação de leis se precedentes na História. Em resposta ao progressivo agravamento das condições social e econômicas, os modernos legisladores andaram transbordando códigos, leis, com o mesmo ritmo com o qual as fábricas, ultrapassando limites, produziram poluição. Com isto não desejo condenar ou amesquinhar esse colossal fenômeno que muitos chamaram de "orgia legiferante" ou, também, "poluição legislativa". Na verdade é difícil não reconhecer que, no conjunto, tratou-se ou trata-se de inevitável fenômeno em qualquer complexa sociedade industrial ou pós-industrial. Tratou-se, além do mais, de um fenômeno que não poderia permanecer isolado. O "gigantismo" do legislador, inevitavelmente, foi acompanhado por aquele da Administração e da burocracia. Os poderes de intervenção da Administração Pública foram, também estes, enormemente dilatados. Órgãos e funcionários administrativos, os mais disparatados, centrais, regionais, locais, assumiram um papel sempre mais amplo na regulamentação da nossa vida de todos os dias. Uma razão da reconhecida inevitabilidade de tal fenômeno encontra-se, simplesmente, no fato de os parlamentares não terem nem o tempo nem a competência e conhecimento necessários, a fim de colocarem em obra (e, tanto menos, para o "pontual" controle de adimplemento) uma disciplina suficientemente precisa nos vastos campos e nos quais o Estado moderno reteve o dever de intervir. O resultado está neste Estado moderno, o sucessor do Estado Liberal não intervencionista, e invariavelmente definido como Estado Social ou Estado Assistencial, État providence ou welfare state, que, fosse pelo uso intensivo de seu instrumento legislativo caracterizou-se de início como "Estado Legislativo", acabou transformando-se num Estado sempre mais

O poder de revisão judicial inicia no célebre caso de *Marbury X Madison*, onde a Suprema Corte dos EUA derrubou parte do *Judiciary Act de 1789* fundamentado no argumento de violação da Constituição americana. O poder de revisão judicial não é especificamente mencionado na Constituição dos EUA, mas a partir do caso paradigma posto, o Tribunal assumiu que tinha esse poder, uma vez que uma Constituição é a lei suprema da terra e prevalece sobre leis ordinárias. Entretanto, no século XIX, o Tribunal continuou a usar pouco este poder, apenas utilizando-o na decisão de Dred Scott em 1857 e surge, paralelamente, à época, diversas teorias que apoiam a restrição judicial, concatenada em argumentos que são utilizados até a atualidade por muitos *justices*.⁵¹¹ Importante frisar que o conceito de ativismo judicial não se confunde com o conceito de revisão constitucional (*judicial review*). Em que pese nos EUA haja quem defenda que este é espécie daquele, como William P. Marshall (2002), no presente

acentuadamente caracterizável como “administrativo” e burocrático”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologia e Sociedade**. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 7-8)

⁵¹¹The power of judicial review is not specifically mentioned in the US Constitution, but in the celebrated case of *Marbury v. Madison*, the US Supreme Court struck down part of the Judiciary Act, 1789, holding that it violated the US Constitution. Thus the Court assumed that it had this power, since a Constitution is the highest law of the land, and prevails over ordinary statutes. The Court, however, continued to be very sparing in the use of this power throughout most of the 19th century, only using it in the Dred Scott decision in 1857. In 1811, the Supreme Court of Pennsylvania said: “...an Act of the legislature is not to be declared void unless the violation of the Constitution is so manifest as to leave no room for reasonable doubt.”[9] In fact, Prof. James Bradley Thayer of Harvard University, one of the great proponents of judicial restraint in an article published in 1893 in the *Harvard Law Review*, argued for courts not to be hasty in striking down legislation, for an activist court (though the phrase was not then invented) would “dwarf the political capacity of people (referring to the legislature) and deaden their sense of moral responsibility”. [10] Hence, he suggested that the judiciary should exercise restraint and ordinarily defer to the will of the legislature, and only strike down laws in a situation where by no means could these be harmonized with the Constitution, and his philosophy of judicial restraint was broadly followed by Justice Holmes, Brandeis, and Frankfurter. (It has also been followed by the Indian Supreme Court in *Government of Andhra Pradesh vs. P. Laxmi Devi* 2008(4) SCC 720. This approach has also been followed by Chief Justice John Roberts of the U.S. Supreme Court in the Healthcare case decided in 2012 (*National Federation of Independent Business vs. Kathleen Sebelius, Secretary of Health*) who upheld most of the Affordable Care Act on the basis of the taxing power in Congress. Although the Act was really to provide healthcare, it imposed a tax on those companies which did not provide health insurance for its employees. The learned Chief Justice in that decision followed the settled principle that if two views are possible, the one in favour of upholding the Constitutional validity of the statute should be adopted by the Court. The problem, however, remained about interpretation of the Constitution. The Bill of Rights in the U.S. Constitution contain rights like freedom of speech, liberty, freedom of religion, equality, etc. which can have different meanings. Many problems arose while interpreting these rights. For instance, apart from the rights specifically mentioned in the Bill of Rights are there any unenumerated rights e.g. the right to privacy which Courts can recognize? What meaning should be given to ‘freedom of speech’ and vague expressions like ‘due process’ in the 14th Amendment? Does the word ‘liberty’ include liberty of contract? Should the ‘commerce clause’ in Article 1 Section 8 be given a strict or expansive interpretation? A word can have several meanings. As Justice Holmes of the U.S. Supreme Court observed in *Towne vs. Eisner* 245 U.S. 418 (1918): “A word is not a crystal, transparent and unchanged; it is the skin of a living thought, and may vary greatly in colour and content according to the circumstance and time in which it is used.” (KATJU, Markandey. **Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism**. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em 30-12-2017)

trabalho a atuação negativa, contramajoritária da Corte Constitucional não será considerada espécie de ativismo.

Coaduna perfeitamente o *Ativismo Judicial* com a *Revisão Judicial*⁵¹² o qual o primeiro sobrepõe-se utilizando-se do segundo, pois a postura ativista do Poder Judiciário reflete diretamente no momento em que determinam a invalidação dos atos exarados pelos Poderes Legislativo⁵¹³ e Executivo, no sentido de dar tutela aos cidadãos^{514, 515}. Pela expansão dos Poderes Políticos diante do Estado Ativo⁵¹⁶, o *Judicial Review* e o *Judicial Activism* dão aparência de ambiguidade mas acabam por somar-se, haja vista que o Ativismo atual atinge todos os níveis do Jurisdicionado, pois ele pode emergir tanto do Juiz Ordinário quanto do Tribunal. E mais especificamente, aproximam-se as duas ideologias justamente no que se refere à função jurisdicional resignificada.

⁵¹²The label of "judicial activist" is unmistakably a compliment in this context, reflecting a belief that one ought to aggressively employ judicial review to safeguard the rights upon which democracy is predicated. Scholars sometimes referred to Justices Brandeis and Cardozo in much the same way. For example, a 1949 article observed, "Mr. Brandeis was a pragmatic judicial activist who saw in the courts a powerful instrument to be grasped by the people in ameliorating social and economic conditions." Yet even in the early days of its use, the term was most often considered a slight. As now-judge Louis Pollak observed in 1956, "It seems safe to say that most judges regard 'judicial activism' as an alien 'ism' to which their misguided brethren sometimes fall prey." By the mid-1950s, the term had taken on a generally negative connotation, even if its specific meaning was hard to pin down. (MIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California Law Review. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acessado em: 12-06-2017)

⁵¹³The most common standard for evaluating judicial activism is the extent to which judges invalidate legislative enactments. (CROSS, Frank B. LINDQUIST, Stefanie A. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Scientific Study of Judicial Activism. Disponível em < http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/CrossandLindquist_Final.pdf> Acessado em 02/02/2018. P. 1759)

⁵¹⁴No entanto, a revisão judiciária de legislação como prerrogativa dos tribunais é instituída pelas próprias constituições que mais enfatizam esse princípio. [...] No campo judiciário, essa tendência foi mais triunfante. [...] Esse desenvolvimento histórico explica a posição privilegiada dos tribunais dentro do sistema político, a sua prerrogativa de controlar a legislação e a administração, a crença profundamente enraizada de que os direitos dos indivíduos podem ser protegidos apenas pelo ramo judiciário do governo, o parecer – característico sobretudo do Direito inglês - de um tribunal, como autoridade independente do legislador, deve ser obtido antes que a expressão da vontade do segundo se torne uma regra de conduta. [...] O desejo de estabelecer tal equilíbrio foi uma das forças motrizes na evolução da monarquia constitucional a partir da monarquia absoluta. (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 401-402)

⁵¹⁵Tais desenvolvimentos comportaram, por sua vez, um aumento das responsabilidades do judiciário: a justiça constitucional, com o controle da constitucionalidade das leis, constitui um novo aspecto dessa nova responsabilidade. Embora muitos tribunais judiciários (com exceção dos Estados Unidos) mostraram-se temerosos em assumi-la, a nova realidade social mostrou-lhes que não poderiam fugir desse novo papel, e foram gradativamente instituindo organismos quase-judiciários (agências, conselhos, tribunais administrativos, etc.) que exerciam tarefas não executadas pela magistratura: “o controle dos “poderes políticos” e, com isso, a proteção dos cidadãos e da sociedade em geral, contra os abusos daqueles. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 47)

⁵¹⁶Por lo tanto un programa que en Estados Activistas estructurados de otro modo, puede ser formulado en la legislatura e implementado por acciones ejecutivas vigorosas, tiene última oportunidad en los Tribunales: un juez independiente y poderoso, con el legado de sus poderes mal definidos todavía fuertemente presentes, podría ser a mismo tempo una minilegislatura, un administrador y el actor del papel judicial más específico. DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986. P. 410)

[...] el gran debate sobre la jurisdicción en la actualidad se debe fundamentalmente a la quiebra del imperio de la ley en su versión positivista, que dio lugar a una interpretación legalista del derecho y que ahora ha alumbrado una concepción de la ley más impregnada de política, de ética y de historia, es decir, una sustitución de la ley por el derecho como fuente de las decisiones jurisdiccionales. El acelerado desarrollo de la sociedad postliberal y las graves convulsiones políticas que ha sufrido ésta en el siglo XX han mostrado, de un lado, la incapacidad de la ley para regular una multitud de relaciones y de situaciones imprevistas e imprevisibles, y han ocasionado, de otro, un fenómeno de desconfianza de los ciudadanos en muchas de las disposiciones adoptadas por el legislador... La ley ha perdido el aura de legitimidad que de antaño poseía. Los jueces se han visto forzados a adquirir un mayor protagonismo en la resolución de conflictos, impelidos por la necesidad de responder en su propio ámbito a las exigencias de una reproducción estabilizada y legítima de relaciones sociales. El ordenamiento jurídico ha visto también incrementado su grado de complejidad, incluyéndose a distintos niveles (sobre todo al nivel constitucional) una serie de recursos que permiten el juego de la ética y de la política en la práctica jurisdiccional, incluso en contra de las decisiones tomadas por la Administración en el ejercicio de sus competencias discrecionales”.⁵¹⁷

Ativismo judicial é, assim, uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdiccional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdiccional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdiccional⁵¹⁸) “El juez activo y cooperativo, tal cual se lo conoce en el sistema austro-alemán, francés, y ahora inglés y español, aparece como una figura democrática fundamental con varios puntos de moderación.”⁵¹⁹

⁵¹⁷RAMIREZ, Martín Agudelo. **Jurisdicción**. In: Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007. P. 23.

⁵¹⁸O aspecto extrajurisdiccional é demonstrado pelas manifestações públicas dos magistrados, fora de sua atividade típica, incentivando ou desincentivando determinada conduta praticada por membros dos demais Poderes ou por cidadãos; ou pelo trabalho político realizado junto aos membros do Legislativo ou do Executivo com o objetivo de influir politicamente na aprovação de leis/emendas de seu interesse ou de aumento da verba direcionada para si, por exemplo, a aprovação de lei que crie de novos órgãos, ou a aprovação de reformas processuais, ou o aumento do percentual do orçamento que lhe cabe, etc. concepção que não será estudada no presente estudo.

⁵¹⁹Un análisis histórico-jurídico y de derecho comparado puede a veces confirmar esta visión, sin embargo dichas conclusiones son finalmente difíciles de admitir. En el proceso romano la actividad de las partes se ubica en el centro, crea incluso la impresión de que la responsabilidad jurídica individual es un importante paso, en el cual sin embargo las otras partes del pueblo quedan excluidas. El proceso docto por el posterior derecho común conoció un verdadero juez pasivo. Así se ve en la etapa de recepción de la prueba la participación del examinador y la propuesta de solución jurídica, sin embargo la conclusión de una sociedad de constitución democrática sería más que falsa. El desarrollo angloamericano hacia el juez pasivo podría apoyar la tesis fundamental, ya que en los hechos Angloamérica ha conseguido la democracia más confirmada y estable. Igualmente considerando los Estados Unidos de América sin consideración a los antiguos habitantes indígenas y por largo tiempo al pueblo de raza negra. Sin embargo, en el origen del proceso romano y el proceso docto permitirán a los jueces indicar las pruebas y el derecho, y por cierto en esta tradición el juez es en realidad aun pasivo. La estructura política y social -en especial cuando se compara Francia e Italia con los estados sudamericanos- es muy cambiante y diferente. Esta forma procesal ha sobrevivido incluso a época totalitarias. El juez alemán del absolutismo ilustrado prusiano con su tendencia al estado de bienestar fue muy activo, los abogados incluso fueron suprimidos en favor de quienes lo reemplazaron, los Consejeros de Estado. De esta manera luego viene la corta época del proceso prusiano en el Gobierno de los Federicos con otra orientación. El cuadro alemán posterior fue sin embargo contrario a esta tesis fundamental: el juez del siglo XIX, el del derecho jerárquico en la época de Wilhelm y el de

O ativismo judicial⁵²⁰ é recente como termo-expressão, por outro lado, como fenômeno, demonstra ser antigo e similar à atividade criativa de direito cumprida pelos Pretores^{521,522}

la república de Weimar, incluso el del tercer Reich fue en realidad más pasivo que el de la larga democracia alemana de posguerra. ¿Será que ello se corresponde con la referencia a Inglaterra y al "*managerial judge*" contra la actual cerrada constitución democrática? El juez activo del proceso austríaco puede muy bien ser considerado como un reflejo tardío del pensamiento de estado de bienestar alemán, el que sin embargo ha sobrevivido más que más hacia la democracia. Así se vincula la fuerza de la democracia con el traspaso hacia un juez activo. Aun cuando se pueda coincidir en que el juez civil inquisidor da una imagen de constitución jerárquica estatal, como era conocida de alguna manera en los estados socialistas, ésto al menos en teoría (STURNER, Rolf. Derecho Procesal y Culturas Jurídicas. **Revista Ius et Praxis**, n.º13 Pp. 435 - 462, 2007)

⁵²⁰A expressão "Ativismo Judicial" cunha-se em razão da forma de atuação da Corte Warrent. Haja vista, que Bentham, de qualquer forma, utilizava a categoria "legislação judicial". Além disso, noções de ativismo judicial podem ser percebidas no direito romano, embora nunca tivesse sido utilizada essa nomenclatura (ALVARÓ D'ORS e BIONDO BIONDI): os pretores, magistrados e Imperadores dotados da jurisdictio romana criavam direito (observe-se a Autorictas e a Potestas, pois a criação do direito somente justificava-se na Autorictas) com base na primazia do caso concreto, pois os Romanos prezavam por um Direito Prático, que viesse a dar respostas aos problemas que lhes eram dados. Igualmente, na Grécia Antiga a figura do juiz era relevante nesse aspecto, pois este ditava o direito aos conflitos sociais que lhes eram postos (PLATÃO e ARISTOTELES indiretamente demonstram isso em passagens de algumas de suas obras). O Iluminismo (ADORNO) veio a arquitetar a derrocada dos juizes com o Antigo Regime imposto pelo Poder Legislativo que detinha uma composição puramente Burguesa, balizando assim sua atuação. O ora trabalho visa a superar o engessamento do juiz.

⁵²¹Vide: STAMMELER, R. **El Juez**. Habana: Cultural S.A., 1941. Págs. 83 a 86 e 96; FISS, Owen. Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 181-182; **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo IV. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 79-84; POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editóres, 1965. P. 25-26.

⁵²²La actuacio peculiar del Pretor respondia a las condiciones especiales de la antigua Roma. Al fundarse, esta magistratura judicial sólo era asequible a los patricios, a la nobleza primitiva. Su competencia abarca la jurisdicción en asuntos civiles. En el ejercicio de sus funciones, el Pretor estaba obligado, naturalmente, a observar y guardar las leyes generales del Estado. base de estas leyes eran las XII Tablas, aquella curiosa codificación que sigue siendo todavía hoy un misterio, pues nunca ha podido saberse claramente cómo en una colectividad como la de la antigua Roma, que en conjunto presentaba, indiblemente, un nivel cultural bastante bajo, pudo surgir una legislación concebida y formulada con tanta claridad. La tentativa de situar sus orígenes en una fecha posterior, no puede considerarse acertada. Lejos de ello, en la época histórica se veía ya que el contenido de las XII Tablas empezaba poco a poco a envejecer. Roma crecía y su influencia hacia el exterior era cada vez mayor. Dejaba de ser una pequeña colonia campesina para desarrollar un tráfico y un comercio cada día más intensos en todas las direcciones a que llegaban las actividades de la época. Las luchas entre la plebe, que era la nueva nobleza, y los patres, no cesaban; las complicaciones guerreras con el exterior no tenían fin, y el templo de Jano, en el que se imploraba la paz, estaba constantemente abierto. Todo esto hacia que, de una parte, el desarrollo progresivo del Derecho antiguo respondiese a una evidente necesidad, mientras que los Comicios pudiesen acometer la reforma constante de las leyes. Esto impuso a los pretores una misión especial en sus actividades judiciales, la cual influyó considerablemente, a su vez, en el carácter de estas actividades. El punto jurídico de apoyo para la peculiar actuación de los pretores de Poder Público: el populus Romanus le confirió el imperium para el ejercicio de su cargo. Esto permitía al Pretor, mientras estuviese en funciones, seguir para el enjuiciamiento de los litigios ordinarios del Derecho civil normas distintas a las prescritas por el ius civile. A juzgar por lo que de esto nos dicen las Fuentes, el Pretor era, por lo que a esto se refiere, libre, en el sentido de que no necesitaba invocar ninguna razón. Ya hemos recordado más arriba (III, 4) que el Derecho romano se asimiló a lo largo del tiempo las mejores y más probadas instituciones de los pueblos de la antigüedad, estructurándose incluso en el campo del Derecho privado de un modo abstracto. El camino para esto lo facilitó precisamente la jurisdicción del Pretor, cuya posición formal, a la que acabamos de aludir, se traducía en importantes consecuencias materiales. Tal acontecía, por ejemplo, con los viejos requisitos formales del Primitivo Derecho romano. Los requisitos de la in iure cesio y la mancipatio para adquirir la propiedad pasan a segundo plano y el Pretor se contenta con el hecho de la tradición, extenta de toda formalidad, para reconocer y garantizar la posición jurídica del poseedor en caso de litigio, exactamente lo mismo que si fuese propietario. El régimen agnaticio de las XII Tablas no reconocía derechos hereditarios entre madre e hijo, pero el Pretor les concedía, a condición de que se presentasen dentro de plazo, la bonorum possessio, ni más ni menos que si fuesen herederos con arreglo a la ley. De este modo, fue produciéndose un desdoblamiento entre el Derecho legal y el Derecho pretorio, que era el que prácticamente decidía en cuanto a

Romanos. No mesmo sentido, os Persas, possuíam juízes que ditavam decisão judicial sem existir leis positivas escritas⁵²³.

Tanto os Pretores, os Persas, como os Juízes-Tribunais Ativistas contemporâneos realizam a expressão da transcendência dos reais e existentes interesses vitais sobre e contra uma lei que se encontra antiquada a partir de sua vigência (à exemplo, o Código Civil de 2002, embora elaborado em 1979⁵²⁴); ou seja, que muitas vezes pareça ser adequado no momento de sua elaboração, mas quando de sua vigência já se encontra inadequada a realidade social⁵²⁵.⁵²⁶

los interesados. Sin embargo, el Pretor sólo gozaba de tan amplia libertad siempre y cuando que no se hubiese pronunciado ya acerca de una cuestión jurídica. En otro caso, se hallaba vinculado a la norma establecida mientras permanecía en el cargo. Su sucesor era perfectamente libre y podía sentar normas distintas. Pero, en la práctica, los Edictos en los que un Pretor formulaba las normas jurídicas establecidas por él formaban una masa cerrada que venia a ser una especie de Código acrecentando sin cesar y que pasaba de un Pretor a otro, renovándose formalmente todos los años. Esta libertad judicial del Pretor encerraba peligros incluso para él. Fácilmente podían surgir recelos contra su actuación. Los Tribunales del Pueblo podían vetar sus fallos y la publicidad plena de la administración de justicia en el Foro romano le colocaba, por decirlo así, bajo la vigilancia de la colectividad. Indudablemente, en los tiempos antiguos el ejercicio de las funciones judiciales del Pretor se guiaba por una prudente objetividad, a la que se debía de sostén, en lo exterior, la modestia de las condiciones de la época. No se tiene noticia de ningún proceso criminal en el que el Pretor fuese condenado, por abusar de sus funciones, a ser arrojado de lo alto de la roca Tarpeya. Pero la firmeza de los viejos tiempos fue relajándose poco a poco. En la época de Sila se dictó una ley que proveya expresamente a los Pretores apartarse de las normas establecidas ya en sus Edictos. No sabemos hasta qué punto sería esto un remedio eficaz. (STAMMELER, R. **El Juez**. Habana: Cultural S.A., 1941. P. 83-86)

⁵²³En la historia del Derecho - recuerdo el caso de los persas - ha habido jueces que dictan sentencias sin existir leyes escritas positivas. Y es que pueden faltar las leyes, pero nunca han faltado las controversias y las sentencias legítimas de una causa ante y por el juez que se estima competente. Ese juez competente ha dirigido y determinado, con su decisión o sentencia, la controversia que le plantean los particulares. (FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basave. **Estructura y sentido de la judicatura función y misión del juez**. México: Universidad Autónoma de Nuevo León Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2000. P. 21)

⁵²⁴En se tratando del lapso temporal entre lo Código Civil Francés y el Brasileño, resta evidente que en los dos se estratificaron por su debilidad estática que no respecta su temporalidad vislumbrada por las condicionantes sociales que exigen estas una dinamicidad de las leyes en sus preceptos. Por lo tanto, el Código Civil francés, luego de 100 años de su promulgación, no podía pretender continuar siendo el emperador absoluto de las fuentes del derecho; la urgente actualización del derecho civil a las nuevas realidades pasaba por una reconstrucción previa de la teoría de las fuentes del derecho. De no hacerse esta reconstrucción, se corría el riesgo de resolver los casos en grave violación del sentido de justicia y equidad que ellos mismos parecían demandar. (MEDINA, Diego Eduardo López. **El Derecho de los Jueces**. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 272)

⁵²⁵...el conocimiento de conexiones ontológicas, de la naturaleza humana y de la legalidad interna de los procesos sociales, es imprescriptible para la constitución de un derecho justo. El legislador no necesita sólo conocimiento objetivo en el sentido de un conocimiento especializado de los problemas e intereses concretamente afectables por la legislación; necesita también un saber general acerca del comportamiento humano, por ejemplo en el ámbito económico. Cuando se pasan por alto intereses individuales típicos se presenta el peligro de que esos intereses se impongan *praeter legem* y el derecho, consiguientemente, resulte ineficaz. Un ejemplo clásico de este hecho es el tratamiento de la transmisión de garantía en el derecho alemán vigente. El Código Civil además no contempla ningún contrato de prenda sin transmisión de la posesión. Pero, de hecho, una prenda sin esta transmisión es claramente necesaria en la vida económica, como prueba, por lo demás, no sólo la situación actual de la economía, sino incluso la historia del derecho. En el tráfico moderno se presenta ante todo la necesidad de utilizar existencias de mercancías como fundamento del crédito. Pero tratándose de existencias de mercancías queda excluida la posibilidad de una transmisión de la posesión directa al arrendatario con garantía de prenda, si es que el deudor debe seguir adelante con su tráfico económico. El resultado fue que la transmisión de la garantía del modo en cuestión – que, sin más, y que la jurisprudencia la aceptó. La intención del legislador o había tenido éxito porque no había considerado suficientemente la naturaleza de la cosa. (COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. P. 137)

⁵²⁶Se ha dicho si estaríamos, sencillamente, ante un renacimiento de la Jurisdicción del Pretor. No estará demás, pues, recordar brevemente aquella modalidad de creación del Derecho y administración de justicia, para llegar

A orientação conceitual sobre o ativismo judicial apresenta duas questões relevantes: *de um lado se tem* a descoberta jurisdicional que vem escavar no magma do direito (por isso da importância de cingir a Lei do Direito), estendendo ou restringindo, integrando ou corrigindo o dado normativo pela hermenêutica, visando descobrir a *regula iuris* ao interpretar o caso concreto (ou também pode ser vista tal descoberta como *adjudication* que nasce junto ao *Judicial Review*⁵²⁷). Portanto, é relevante para o estudo do julgamento (*adjudication*) e do raciocínio jurídico o debate dos filósofos sobre a “textura aberta” da linguagem e, de maneira geral sobre os modos em que termos classificatórios de uma linguagem natural podem mostrar indeterminados⁵²⁸.

Já, *de outro lado*, tem-se a criação judicial do direito que se dá por via de qualquer decisão tomada pelo Poder Judiciário (Juiz Ordinário/Tribunal). Justifica-se esse tipo de criação pela norma individualizada que a Jurisdição produz⁵²⁹. Assim, que o juiz dispõe de um amplo poder criador em exercício de sua função decisória é algo comum reconhecido como certo e serve de ponto de partida para as demais considerações do poder criador. A atividade criadora do juiz no contexto da decisão é muito complexa e cobre todas as etapas do raciocínio decisório, que se reflete na decisão final.⁵³⁰

É a função do juiz a *criação* ou a *interpretação* do direito? A resposta é que o juiz reúne em si uma e outra função: a interpretação implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade associada, principalmente, com a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos.⁵³¹ O poder dos juízes de contribuir para a “criação do direito” vem por várias formas conforme o tipo de “lei” à ser aplicada, interpretada ou desenvolvida. A lei, a Constituição, o tratado, haja vista, que nem todos dão a mesma liberdade para juízes, e, além disso, ter-se-á uma distinção para cada qual no que tange a jurisdições competente.⁵³²

luego, por la vía del análisis sistemático, a conclusiones prácticas y teóricas respecto al movimiento del Derecho de libre interpretación. (STAMMELER, R. *El Juez*. Habana: Cultural S.A., 1941. P. 82)

⁵²⁷A evolução do direito é uma verdadeira evolução criadora: aí estão, o Direito Inglês, palpitando na mola imensa de suas tradições conglobadas, e a Corte Suprema, nos Estados Unidos, com os arestos judiciais, sobrejuntando à Constituição todo um corpo novo, imprevisto, mais acentuado, mais desenvolvido, mais prático, mais natural, de práticas e tendências. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *À Margem do Direito: ensaio de Psicologia Jurídica*. Campinas: Bookseller, 1912. P. 88-89)

⁵²⁸HART, H. L. A. *Ensaio sobre Teoria do Direito*. Trad.: José Garcez Ghirard, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P. 4.

⁵²⁹PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. P. 12 e seguintes.

⁵³⁰TARUFFO, Michele. *Sobre las Fronteras*. Escritos sobre la Justicia Civil. Bogotá-Colombia: Editorial Temis, 2006. P. 178.

⁵³¹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 128 – 129.

⁵³²CANIVET, Guy. Activisme Judiciaire et Prudence Interpretative. *Archive philosophie du droit*, n.º 50, dalloz, 2007, Pp 7-32. P. 21.

A partir da evolução delineada, o Ativismo Judicial rompe com o formalismo⁵³³ e com a filosofia da lei⁵³⁴, arquitetados pelo Estado Moderno, que teve como principal consequência aprisionar o direito à lei, limitando a produção da legislação a partir da representação do povo na figura do Parlamento. O Parlamento, por sua vez, aprisiona a democracia representativa em

⁵³³Por "teorías reformistas del derecho" entiendo todas aquellas tradiciones de análisis jurídico que se propusieron denunciar, desde finales del siglo XIX y a lo largo del XX y en diversos grados de intensidad y compromiso, las deficiencias de la teoría tradicional del derecho, descrita, a grandes rasgos, como "formalista", "positivista", "exegética", "conceptualista" y "mecánica", para solo mencionar algunos de los clichés que sirvieron para caracterizarla. En puridad, este rótulo de "teorías reformistas del derecho" es inconvenientemente amplio. En lo que sigue, terminaré ubicando dentro del mismo grupo a autores de procedencia tan variopinta como F. VON IHERING, FRANCOIS GÉNY, ROSCOE POUND y ALF ROSS, entre los cuales, además, existían diferencias manifiestas. En ese sentido, el rótulo elimina distinciones que serían sustanciales desde otras perspectivas: por ejemplo, para un teórico del derecho norteamericano la asimilación sería, sin reservas, falseadora de gran parte de la filosofía jurídica del siglo XX. Sin embargo, desde la perspectiva latinoamericana, donde el dominio de la "teoría tradicional" sigue siendo tan monolítico, existe la tentación de entrar a saco roto y utilizar, eclécticamente, las críticas diversas de esos autores. (...) Elemento fundamental de estas teorías reformistas consistió en reconstruir la imagen tradicional que se tenía de las fuentes del derecho para subrayar el papel social dinamizador de algunas de ellas (por ejemplo la "jurisprudencia", la "doctrina" o los "principios generales de derecho"), usualmente desatendidas por el legalismo tradicional, bajo el rótulo de "fuentes secundarias" o "auxiliares". (...) Los antiformalistas jurídicos, en conjunto, parecen también sugerir el siguiente resultado: el sistema de fuentes no solo es dinámico y plural, sino que también, en la medida en que ello es cierto, los actores participantes en este juego tienen espacios para trazar nuevos diseños de los sistemas sociales de jerarquía y coordinación de fuentes. Frente a la apariencia de necesidad y universalidad que ofrecía el tradicionalismo de fuentes, el reformismo afirma, en su lugar, la posibilidad de plantear agendas y proyectos políticos de reforma y redistribución del poder de creación de derecho. (MEDINA, Diego Eduardo López. **El Derecho de los Jueces**. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 269-270 e 317)

⁵³⁴La Filosofía del Derecho se transforma en teoría general del derecho, a costa de renunciar a su tercera función característica la de instancia crítica del ordenamiento positivo. Predominio del Formalismo, desvinculación del problema de validez jurídica de las perspectivas de vigencia y eficacia, intentos de aislar el contenido del derecho de las ideologías morales o políticas van siendo caracteres dominantes de esta filosofía jurídica. (...) Lo primero que pretende esta posible filosofía del derecho es ser una filosofía del derecho. La tautología es hiriente pero no innecesaria, ya que, debido a avatares históricos a los que ya hemos aludido, con frecuencia lo que se realiza con tal título es una filosofía de la ley. Así, al abordar el concepto del derecho, se lo reduce a norma, y bien pronto, implícitamente, a norma legal; al hablar de derecho y moral se intenta disecar mentalmente ley y preceptos morales, sin perder la esperanza de llegar a decantarlos de una vez por todas; si se habla de fuentes del derecho, es para hablar de la ley, con alguna benévola alusión a la costumbre, a la que se llegan a reconocer rasgos prelegales, y con buen cuidado en no ceder ante las desmedidas aspiraciones de la jurisprudencia, que pretende que se reconozca teóricamente lo que prácticamente realiza, con reconocimiento o sin él; los principios generales del derecho se logra por emulsión, adivinándolos en el teto legal, y gracias a ellos la ley, en un curioso hermafroditismo, se reproduce hasta aparecer como ordenamiento jurídico; si se alude a la relación entre derecho y fuerza, coacción o sus derivado, se busca una fórmula de dosificación que no deje a norma legal alguna en la desairada situación de no parecer jurídica, y así sucesivamente. Este inopinado exclusivismo de la filosofía de la ley, que reduce a mitología, poesía u otra suerte de caprichoso esteticismo cualquier intento de filosofía de derecho, tiene dos fuentes fundamentales. Una es el predominio del pensamiento jurídico de la perspectiva normativista, consagrada por el positivismo legalista, y continua luego como eje de la dogmática jurídica, incluso por aquellos que, cansados del continuo recurso a la ficción, somete a crítica sus bases teorías. La otra es más imputable a los filósofos del derecho que a los juristas prácticos. Consiste en la tendencia – justificada por la misma historia de la metodología de la disciplina – a construir una filosofía hecha desde arriba, para lo cual lo decisivo son los principios o los conceptos, a los que se reconduce todo el resto de la realidad jurídica. Indudablemente, no es difícil captar un paralelismo entre ambos fenómenos y diagnosticar una afinidad entre el predominio idealista – y no pocas veces racionalistas – de la filosofía jurídica y la progresiva hegemonía de la ley como realidad jurídica exclusiva. (OLLERO, Andres. **Interpretación del Derecho y Positivism Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 240 e 242-243)

que o único detentor de responsabilidade e representação política na sociedade era o poder legislativo.

O Poder Judiciário, nessa época, foi aprisionado à mecanicidade da subsunção interpretativa da Lei. Antes do Estado Moderno e do avanço das primeiras Constituições, o Juiz era o detentor da *iurisdictio*⁵³⁵ (dizer o direito) e, após o advento das primeiras Constituições (principalmente francesa) é penalizado como o juiz boca da lei. Ainda na atualidade “Hay normas que perduran en el Derecho vigente sin haber sido aplicadas jamás.”⁵³⁶

A adoção de uma técnica formalista implanta-se em uma rigidez formal e em um *imobilismo* lógico-jurídico, meios impostos pelo positivismo jurídico, diante das Cartas Políticas que visam à representação da sociedade: a Lei foi essencial para que se pudesse garantir a tripartição dos poderes, sendo que esta não mais é suficiente para guiar o juiz em suas decisões no modelo de Estado Democrático de Direito. Assim, passa a se falar em uma interpretação “construtiva” fundada na Lei Fundamental:

A lei constituía o elo principal do positivismo, uma vez que supostamente deveria assegurar a ligação entre ofício do juiz e a soberania popular.[...] Ora, esta lei tão essencial para a separação dos poderes não é mais suficiente para guiar o juiz em suas decisões. Ele deve apelar pra fontes externas antes de proferir suas sentenças. A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar sozinha, todo o sistema jurídico.⁵³⁷

Um fenômeno da sociedade industrialmente avançada seria a perda de função do direito por uma desjuridicização. Isso ocorreria por conta da tendência da ampliada potência dos meios de socialização e o aumento dos meios de prevenção social. A socialização é uma medida psicológica – manipulada ou não – que se dá pela adesão de valores comuns e a imposição de comportamentos tido como relevantes, indo em sentido contrário da função tradicionalmente

⁵³⁵Mas somente no século XVIII essa forma da diferenciação do sistema jurídico acabou por impor-se plenamente. Antes estava em jogo um princípio de significação apenas limitada, necessário apenas para efeitos de técnica de regulamentação. Esse princípio estava na *iurisdictio*, concebida como unidade e como tarefa da *societas civilis*, quer dizer, desde o fim da Idade Média como tarefa do estado territorial governo pelo príncipe. Qualquer separação mais profunda entre legislação e jurisdição teria posto em perigo a unidade do estado territorial política e juridicamente autônomo, que estava então em formação. Somente no século XVIII os homens passam a aceitar, sob a proteção do Direito natural e do Direito da razão, a ideia de que todo e qualquer Direito é Direito Positivo segundo a substância das normas e a efetividade; somente com isso a ideia da autolimitação agudizada. O que foi designado acima como proteção através do Direito natural e do Direito da razão pode ser importante como referência em questões de justificação, mas o próprio sistema jurídico aplica-se agora somente o Direito Positivo, que pode ser reduzido ao próprio sistema. (LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n.º 49, ano XVII, jul.1990. Pp. 149-168. P. 150)

⁵³⁶STAMMELER, R. *El Juez*. Habana: Cultural S.A., 1941. P. 82.

⁵³⁷GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 40.

posta pela coação. Outro fenômeno seria a tendência da repressão à prevenção, que marca a passagem de um ordenamento composto por normas de conduta para um que seja baseado em normas de organização.⁵³⁸

Essa tendência a uma perda da função clássica do direito tem relação a uma ideia antagônica daquela que exaltava o direito e o legislador como elemento essencial da formação da sociedade civil “um estado que exaltou o sábio legislador, dos gregos até Rousseau, como o criador da cidade feliz, o demiurgo que ria a ordem a partir do caos, o verdadeiro doador de civilidade; é um estado que acreditou poder colher, nas leis e no espírito que as anima, as características que distinguem as nações umas das outras e nas diferentes constituições, isto é, no diferente modo pelo qual é regulada a distribuição das magistraturas, de Aristóteles a Hegel, o critério mais visível para distinguir o bom governo do mau, o progresso da decadência, a barbárie da civilização, ou para indicar, em etapas necessárias, o curso progressivo da história”.⁵³⁹

Feitas as diferenciações entre Lei e Direito observa-se que ambos os conceitos apresentam-se distintos: temos o direito como algo global e a lei é retratada como uma de suas fontes. Note-se que o direito não se esgota naquela, pois tem um sentido muito mais amplo (que carrega em si de justiça e do ético). Nesse sentido, a Lei, em sua *forma*, encontra-se em descrédito, uma vez que, na atualidade, o que se busca não são apenas normas, mas sim um conjunto de princípios:

Esse descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limiar “mundo tecnológico”: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena um direito doutrinal, afastado da realidade. O recurso à regulamentação legislativa, da qual o político usa e abusa, ameaça exaurir o sistema jurídico. É preciso que o direito reencontre sua elegância não apenas com um conjunto de regras mas também como um conjunto de princípios.⁵⁴⁰

É correto afirmar que o direito não se confunde, necessariamente, com a Lei escrita, pois sua verdadeira criação⁵⁴¹ se dá através do juiz, o qual este sim exerce uma função criadora

⁵³⁸ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P. 88-91.

⁵³⁹ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P. 91.

⁵⁴⁰ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 40.

⁵⁴¹ As modernas tendências da Filosofia do Direito Contemporâneo, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo Juiz implica, de certo modo, também uma função criadora do direito, na medida em que o preceito legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta humana, projeto esse que o julgador deve completar de modo a concretizá-lo, ou subsumi-lo no caso particular. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002. P. 64)

extremamente importante, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação continua da ordem jurídica⁵⁴². O que define o ser não é a indeterminação, mas sim a criação de novas determinações. A sociedade nunca poderá ser uma sociedade de indeterminações, mas deve se dar pela *criação de novas determinações*.⁵⁴³

Daí a tentativa de reconduzir a sua tarefa para uma atividade interpretativa, hermenêutica⁵⁴⁴ sobre o Direito Legislativo incide diretamente na criatividade judicial, pois o ato de aplicar indica criação. Importante salientar, mesmo na melhor redação das leis sempre há lacunas e indeterminações que devem ser preenchidas pelo juiz, e sempre permitem ambiguidade e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas pela via judiciária⁵⁴⁵.

La idea de que el derecho contiene normas heterogéneas y muchas veces contradictorias suena a herejía para el legalismo dogmático, pero, si la realidad es así, una teoría realista o tiene más remedio que contar con ello. [...] Esta heterogeneidad

⁵⁴²WOLKMER, Antônio Carlos. O papel dos juízes na criação do Direito. **Estudos Jurídicos**. v. 19, n.º 47, set.-dez. 1986. P. 83.

⁵⁴³Y la creación no es simplemente indeterminación. La indeterminación se da, tal vez, en el mundo cuántico y, sin duda, existe una indeterminación en *todo* universo humano. Pero lo que la democracia acepta no es simplemente la indeterminación. Acepta muchísimo más. Acepta la libertad. Afirma la libertad. Afirma el derecho de la mayoría, afirma, al menos, la igualdad de las opiniones; de otra forma el derecho de la mayoría no tendría ningún sentido ... No haría falta contar a los que están a favor y en contra, si Platón tuviera razón y hubiera gente que supiera y otros que no supieran. Y, en un plano más general, en el plano ontológico, lo que define al ser no es la indeterminación, es *la creación de nuevas determinaciones*; y si alguna vez existiera una sociedad según mis deseos, ésta no sería una sociedad de la indeterminación, sería una sociedad que se *determinaría* de otra forma, *precisamente* de forma que permitiera su propio cuestionamiento, etc. Esto es una creación, es una *ley* de esta sociedad. Para mí, indeterminación no quiere decir nada. Hay que hablar de un imaginario creador, instituyente, es decir, *determinante*, precisamente. Y esto es hablar de filosofía ... Bajo *este aspecto*, desde el punto de vista de la filosofía, hablaba antes de una paradoja, paradoja que nos remite esencialmente, quizás, al tránsito de la filosofía a la política. A partir del momento en el que hablamos de imaginación radical de los individuos y -que es lo que aquí nos interesa- de imaginario instituyente radical *en la historia*, estamos obligados a admitir que todas las sociedades *por igual* proceden de un movimiento de creación de instituciones y de significaciones. Tenemos las creaciones de los mayas y de los aztecas, las de los egipcios, las de los griegos, las de los italianos de los siglos XIII y XIV, etc., y las nuestras de hoy o las de los chinos, poco importa. A este respecto, en el plano filosófico rechazo los determinismos históricos y *rechazo igualmente*, por ejemplo, una filosofía de la historia de tipo hegeliano y su jerarquía de las sociedades que progresan acercándose cada vez más a la Razón, hasta llegar a una sociedad en la que ésta reine. Esto por un lado. Ahora bien, a partir del momento en que el análisis no se limita a considerar la historia *-theorein*: teorizar, teorizar en el sentido profundo, fuerte, del término, a observar el desarrollo de la historia humana, a intentar comprenderlo, a intentar comprender las diferentes sociedades-, sino que nos otorgamos además el derecho a tener posiciones políticas -y esto supone ya no solamente ir más allá de la consideración filosófica, sino también de la simple constatación de una equivalencia *prima facie* de todas las sociedades-, entonces comprobamos que tal derecho no es tan evidente (CASTORIADIS, Cornelius. **Democracia y Relativismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. P. 37)

⁵⁴⁴PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. P. 94.

⁵⁴⁵[...]a expansão do direito legislativo, no estado moderno estendida a muitíssimos domínios antes ignorados pela lei, acarretou e ainda está acarretando consigo a paralela expansão do direito judiciário, subentende-se obviamente a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio *Barwick* quando escreve que ainda a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidade e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas via judiciária. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 20-21)

dificulta a veces la previsibilidad, y de ahí el razonable esfuerzo del legislador por la unificación y sistematización de las normas; pero aun así la variedad vital de aquéllas, como las de los preceptos terapéuticos, como todo lo que es natural, presenta una heterogeneidad incoercible.⁵⁴⁶

O desafio epistémico que possuía como premissa a identificação dos conflitos e situações através do legislador onisciente, desafio realizado por um juiz passivo que recria o culto da lei em sua decisão judicial, reduziu o fenômeno jurídico a uma exaltação da lei, expressando ter sido um cenário arquitetado pelo legalismo e pela ficção. Na atualidade, de outro lado, marcada pela crescente complexidade e explosão de conflitos que carregam em seu núcleo as mais variadas expressões (política, econômica, social) acabam por minar a presunção de capacidade ilimitada da resposta através da lei. As tensões, os interesses contrapostos, os pedidos de grupos minoritários e dos dominantes por instrumentalizar a lei em seu favor, fizeram com que a lei não fosse, por um lado, totalmente aniquilada, mas, por outro, desvelaram as limitações desta, por ser incapaz de cumprir as funções sociais mínimas exigidas.⁵⁴⁷

A Lei não teria sido feita e não teria evoluído se os Juízes-Tribunais não tivessem sido criativos⁵⁴⁸. Argumenta-se que quanto à Lei e ao direito, deve o juiz pronunciar o direito (*iurisdictio*). Uma nova visão do direito e da sociedade pode se originar na variação na teoria das fontes do direito. A crítica a fonte dominante propõe-se a mostrar que o direito – e não a lei – possui fontes abertas às mudanças sociais, e que a hegemonia da fonte pela lei não permite a atualização do direito.⁵⁴⁹

O Estado Social contemporâneo da nova voz ao direito, não o reduzindo mais a mera função coercitiva. A teoria de distribuição de recursos busca a passagem do Estado de Direito para o Estado Administrativo, dado pela não ingerência do Estado nas esferas econômicas e distributivas, subtraindo interesses privados. O fetichismo da lei produziu o fenômeno de inflação legislativa. Todo esse quadro justifica a análise funcional do direito, pois se tratam de emergências sociais que até então não eram tidas pelo direito e desconhecidas pela análise estrutural do sistema.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶D'ORS, Alvaro. **Principios para una Teoria Realista**. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid: Anuario de Filosofía del Derecho, 1953. P. 26-27.

⁵⁴⁷MEDINA, Diego Eduardo López. **El Derecho de los Jueces**. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 5-6.

⁵⁴⁸The common law would not have been made and it would not have evolved had judges not been creative. (ROACH, Kent. **The Myths of Judicial Activism**. Disponível em <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=sclr>>. Acessado em 02/02/2018. P. 310)

⁵⁴⁹MEDINA, Diego Eduardo López. **El Derecho de los Jueces**. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 296.

⁵⁵⁰BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P. 101.

Nas palavras de Couture: “*el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador*”⁵⁵¹.

Com o tempo, o Parlamento foi criando, junto à subsunção interpretativa da lei, um conjunto de responsabilidades, sendo elas a responsabilidade Civil e Penal pelos danos causados por interregno de suas atividades jurisdicionais. Somado a isto, as Constituições Modernas atribuíram ao Poder Judiciário: Responsabilidade Política.

Na contemporaneidade dada à complexidade social e as novas necessidades que surgem a cada instante, o Poder Judiciário é chamado a resolver as mais diversas questões, sejam elas privadas ou públicas. E ainda, soluciona os influxos políticos tanto no que se refere à afirmação-reconhecimento de políticas públicas quanto a tensões políticas entre os demais Poderes Institucionalizados⁵⁵². Até então, o interesse na segurança levou os homens a procurar uma base fixa para uma ordenação absoluta da ação humana, baseada dessa forma em uma ordem social firme e estável; porém, as mudanças sociais contínuas exigem novos ajustes, diante da pressão de novos interesses sociais e novos modos de engendrar segurança, o que exige que a ordem jurídica seja *flexível*. Se buscamos princípios, devem eles estar resguardados em princípios de mudança, e não mais de estabilidade.⁵⁵³ O que isso desvela é que “*El derecho no puede garantizar la seguridad, si la sociedad misma entiende su futuro como un riesgo que depende de decisiones*”⁵⁵⁴

A hegemonia da lei no panorama jurídico contemporâneo ameaça desvirtuar a filosofia do direito reduzindo-la à filosofia da lei: quando isto ocorre todo problema jurídico é reduzido

⁵⁵¹COUTURE, Eduardo J. **Justicia y Política**. In: **Introducción al Estudio del Proceso Civil**. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. P. 70.

⁵⁵²Mas, quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de Ativismo Judicial em contraposição à autoconcentração judicial, o que em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que do erro. [...] A isso também se presta o equilibrado ativismo judicial, servindo de alerta aos demais poderes para que estes, efetivamente, cumpram suas atribuições. (JOBIN, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013. P. 104 e 105)

⁵⁵³ KATJU, Markandey. **Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism**. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 07-11-2017.

⁵⁵⁴LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002. P. 409.

a um problema legal, buscando-se a solução do problema a partir das circunstâncias da produção da lei, evitando-se crítica a seu conteúdo.⁵⁵⁵

Ahora podemos comprender la razón de que, precisamente em el agitado período bélico, nuestro legislador se haya sentido impulsado a multiplicar las jurisdicciones de equidad; porque nunca como em este período se han hecho sentir los peligros de la centralización legislativa, y nunca se ha manifestado con tanta urgencia *la necesidad de tener un derecho flexible, adaptable, que responda sin vacilación a todas las necesidades del momento*. Um primer grupo de estas jurisdicciones especiales se debe poner en relación con los súditos trastornos de valores que el cataclismo guerrero produjo en la economía mundial; el derecho de anteguerra, expresión de una economía pacífica, resultado de repente inadecuado em muchos puntos a las nuevas situaciones económicas que surgieron de los acontecimientos excepcionales; y como se vió con claridad que la crisis tendría una duración superior a toda previsión y que estava lejana al tiempo en que se lograría en los mercados un nuevo equilibrio estable de valores, el legislador se vió obligado a establecer, en lugar de las normas que ya no correspondían a los tiempos, otras normas definitivas que mañana probablemente aparecerían también como inadecuadas a las condiciones nuevamente alteradas de la economía nacional y debó adaptarse a crear órganos especiales jurisdiccionales, encargados de tener continuamente a la vista las fluctuaciones de los valores, y de encontrar día por día, hora por hora, por decirlo así, la norma jurídica más apropiada a las particulares situaciones de un determinado momento económico.⁵⁵⁶(g.n)

Resta claro e amplamente visível o protagonismo⁵⁵⁷ proposto pelo Ativismo dos Juízes, pois passam a atender as demandas da sociedade na esfera das opções e decisões comunitárias que não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento⁵⁵⁸, e por óbvio que a atividade pró-ativa rompe com a rígida separação dos poderes chegando a atual divisão dos poderes. A criação, assim, pode ocorrer tanto pela interpretação – decidir o sentido entre os sentidos – como pela jurisdição – produção de um texto.⁵⁵⁹

Häberle, ao discorrer sobre a Jurisdição Constitucional alemã, aponta que o Tribunal se aproxima da sociedade tanto por meio da jurisprudência, como levando o direito processual à

⁵⁵⁵OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positivism Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 147.

⁵⁵⁶CALAMANDREI, Piero. **Estudios Sobre el Proceso Civil**. Buenos Aires: editorial Biblioteca Argentina, 1945. P. 84-85.

⁵⁵⁷Forzosamente tendrá que plasmarse ese protagonismo en su medida porque, si incurre en exceso de limites, se dispara hacia la contención e impone redefinir, acotar controlar -, volver e equilibrar, en pocas palabras encontrar al Estado y a la parte del Gobierno que le corresponde al Poder Judicial en una redimensión inteligente. **Pesos y contrapesos balanceadores que, sin embargo, no ahoguen la creatividad en la faena hermenéutica**. (MORELLO, Augusto M. **El Derecho y Nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 26)

⁵⁵⁸Y eso ha penetrado en el subconsciente colectivo y en el lenguaje público. (MORELLO, Augusto M. **El Derecho y Nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 17-18)

⁵⁵⁹L'espressione 'creazione di diritto' acquista due significati distinti nei due contesti, giacché produrre un testo e deciderne il significato sono attività evidentemente diverse, tanto quanto scrivere e leggere » 8. In questo modo però si sovrappongono a loro volta due creatività: quella dell'interpretazione e quella della giurisdizione. (CASTRONOVO, Carlo. L'aporia tra ius dicere e ius facere. **Juscivile**, 2016, n.º 5, Pp. 421-432. P.423)

sociedade “[...] *así puede comprobarse en la praxis de información y participación pluralistas, sobre todo, en los “grandes procesos”, pero también en procesos más pequeños.*”⁵⁶⁰

O juiz tem em suas mãos uma das modalidades mais primitivas de produção do direito, pois, através da ordem jurídica, este se vê diante de um declínio da função legislativa do Parlamento, e, com isso, faz com que por meio das decisões judiciais se tenha a certeza do direito como a tutela dos direitos subjetivos (refletidos estes como objeto do processo formal e substancial)⁵⁶¹. Essa invasão do tribunal/juiz se efetiva diante da soberania popular, calcada na democracia, por meio do viés estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, sustentado pelas Constituições Modernas.

O tribunal/juiz passa a ter grande popularidade, e são vistos como os “heróis da modernidade, apresentando, assim, uma nova forma de conceber a Democracia: a grande popularidade dos juízes esta diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia.”⁵⁶²

Corrobore-se que alguns autores afirmam que o conceito de Ativismo Judicial é o que vem a fazer prevalecer o princípio democrático⁵⁶³ que formula um novo sistema que se converta em expressão mais próxima dos ideais republicanos que são a defesa de nossa própria condição humana⁵⁶⁴. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo uma transformação da democracia⁵⁶⁵. O que chama *Warat* de Carnavalização do Direito⁵⁶⁶.

⁵⁶⁰HÄBERLE, Peter La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta. **Direito Público**, vol. 1, n.º 25, Jan-Fev/2009, Pp. 283-304.

⁵⁶¹COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo 2006. P. 75.

⁵⁶²GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 39.

⁵⁶³So even at the very end of the conference, I have the gall to offer yet another definition of activism. It is a definition reflecting my view-which I will state but not here attempt to justify-that unless the application of the Constitution or statute is so clear that it has the traditional qualities of law rather than political or moral philosophy, a judge should let democracy prevail. (EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? **Journal Articles Faculty Scholarship Chicago Unbound**, University of Chicago Law School, 2002. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2135&context=journal_articles> Acessado em 02/02/2018 P. 1403)

⁵⁶⁴El activismo judicial tiende a eliminar las bases del individualismo liberal, cada vez más protagonista de nuestros sistemas económicos y en la cultura, para formular un nuevo sistema que se convierta en expresión más cercana a los ideales republicanos que son la defensa de nuestra propia condición humana. (CARBONE, Carlos A. **Tutela diferenciada poscuatelar**. 1ª ed. Rosario: Nova Tesis Ed. Urídica, 2012. P. 23)

⁵⁶⁵GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 39.

⁵⁶⁶A democracia tradicionalmente vinculada ao Direito - nos estreitos limites da versão liberal do mundo - termina sendo apresentada como a concretização histórica de um "Estado Democrático" que se assegura como tal através dos mecanismos instituintes do "Estado de Direito". Essa expressão conota principalmente a necessidade de fazer reinar a lei, de fazer do cumprimento das leis a mola propulsora da democracia. Dessa maneira, na concepção jurídico-liberal da democracia, a ordem política fica reduzida à administração legal do poder do Estado.

Neste cenário a democracia é vista como uma dimensão simbólica da política que se abre interrogativamente em direção a um futuro visto como problema e não como certeza. Digamos que a democracia é a instância do imaginário social que não se aliena na representação já adquirida do devir⁵⁶⁷. As vantagens apontadas por esta ficção são amplamente superadas pelas suas desvantagens especialmente nas sociedades democráticas, nas quais o processo legislativo tornou-se particularmente lento, obstruído e pesado, forçando, por consequência, o aumento do grau de criatividade da função judiciária⁵⁶⁸.

Em decorrência do gradual aumento na busca do Poder Judiciário (reforçada pela facilitação do acesso ao referido órgão e, ainda, pelo alto grau de litigiosidade da sociedade que constitui os atuais estados; por fim, aos direitos fundamentais que o Estado assegura aos seus cidadãos, necessitam *quase* sempre de complementação e efetivação) se tornou meio acessível para com a persecução de direitos, tanto difusos, quanto coletivos ou individuais, porque, além de assegurar o que está Codificado pelos Procedimentos (Estatais de Decisões Políticas), se serve das Constituições que se encontram no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico. O poder dos juízes para contribuir à criação da lei é sempre maior na medida em que se trata de aplicar a Constituição, pois as disposições constitucionais são muito menos precisas do que as leis. ⁵⁶⁹

Assim, o tribunal/juiz acaba por fiscalizar e guardar o que se matizou preceitos pactuados no direito, o que o Legislativo jamais conseguiu(rá) fazer. Segundo a teoria das fontes, o responsável pela criação de direito deveria ser o Poder Legislativo, mas não o faz de maneira adequada, concedendo, de fato, espaço ao Judiciário:

é a de que os próprios juízes sejam capazes de “crescer”, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos “difusos”, “coletivos” e “fragmentados”, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais.⁵⁷⁰

Contrariamente, a versão carnalizada da democracia se abrirá para o espaço de criação do Direito. Enquanto a concepção jurídico-liberal da democracia mostra os Direitos instituídos, a carnalização inventa, ou melhor, mostra a possibilidade de inventá-los permanentemente. (WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 144)

⁵⁶⁷WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 72-73.

⁵⁶⁸CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 131-132.

⁵⁶⁹La Constitution. In: CANIVET, Guy. *Activisme Judiciaire et Prudence Interprétative*. **Archive philosophie du droit**, n.º 50, dalloz, 2007, Pp 7-32. P. 23

⁵⁷⁰CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 55-58.

Tem como razão contemporânea o protagonismo dos juízes-tribunais a *judicialização da política*⁵⁷¹ que por um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário⁵⁷². Conclui-se, que “*la sociedad se ha juridizado y los jueces (Juízes Ordinários e Tribunal Supremo) se han politizado*⁵⁷³”.

Vale destacar a existência da diferença entre os fenômenos: juridicização e ativismo, o primeiro é um fato, uma circunstância do desenho institucional, já o segundo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar⁵⁷⁴. Deve-se incluir no que diz respeito a expressão social, alguns fatores que concorrem e são intrinsecamente dinâmicos e mutantes,

⁵⁷¹A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política*. **Revista da Faculdade de Direito Uerj**, volume 2, n.º21, jan/jun 2012, Pp.1-50. P. 6)

⁵⁷²A judicialização da política verifica-se ainda diante de um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário. Neste caso, o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições da sua efetivação. Neste caminho, o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários. Para além do impacto no sistema político, a judicialização da política afeta também o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário. Esta torna-o mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo. (SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 18)

⁵⁷³MORELLO, Augusto M. **El Derecho y Nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 17-18.

⁵⁷⁴*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas¹⁸. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. (BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política*. **Revista da Faculdade de Direito Uerj**, volume 2, n.º21, jan/jun 2012, Pp.1-50. P. 4 e 6)

que podem ser resumidos em: **a)** a pressão pelo acesso efetivo a jurisdição^{575, 576}; **b)** crescente inflação legislativa⁵⁷⁷; **c)** novas funções atribuídas ao juiz; **d)** explosão de novas conflitividades⁵⁷⁸: que encontram-se pela judicialização das relações sociais que surgem em decorrência do aumento de questões políticas⁵⁷⁹ debatidos no jurisdicionado; **e)** o impacto da

⁵⁷⁵[...]el mayor conocimiento de los propios derechos tanto como la disponibilidad de asesoramiento jurídico e información facilitada por los modernos medios de comunicación masivos, han influido para generar en muchos sectores conciencia individual y colectiva acerca de la pertenencia, y consiguiente “apropiación” de los derechos individuales y de grupo. Singularmente positivo, éste fenómeno permite canalizar la defensa de los tradicionales derechos subjetivos, tanto como las nuevas prerrogativas derivadas en los derechos de incidencia colectiva en general, posibilitando la participación de los ciudadanos en la justicia. Como contracara, el mayor acceso a la jurisdicción y la insuficiencia de las previsiones normativas para canalizarlo, genera presiones adicionales a los jueces sea por el desborde cuantitativo de los reclamos, cuanto por la exigencia de resolver cuestiones complejas arbitrando a menudo el instrumental procedimental adecuado. (BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas. **Civil Procedure Review**, v.1, n.º 3, Pp.46-74, 2010. P. 47-48)

⁵⁷⁶Ver: CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988)

⁵⁷⁷Por otro lado, la “inflación legislativa” y consecuente desvalorización del marco normativo ha incidido cualitativa y cuantitativamente en la misión judicial. En todo el mundo en las últimas décadas se ha operado un cambio trascendente en el rol del juez y en el entendimiento de sus funciones, producto de un conjunto de circunstancias confluyentes en cada situación contextual. La creciente “esfumación” de la ley, por la recurrencia a preceptos “abiertos”, flexibles, conceptos indeterminados, sus contrastes y “lagunas”, tanto como el inmovilismo del legislador, terminan trasladando a los jueces funciones que son más propias de aquél, debiendo asumir tareas integrativas y de “suplencia judicial”. Se ven forzados a atender una demanda de justicia amplificada y cualitativamente más compleja ante requerimientos perentorios de efectividad de las garantías. Un creciente “activismo” judicial sustantivo es su consecuencia. (BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas. **Civil Procedure Review**, v.1, n.º 3, Pp.46-74, 2010. P. 47-48)

⁵⁷⁸Neste sentido os juízes podem encontrar, na própria natureza de seus debates jurisdicionais, um poderoso antídoto contra o perigo da perda de contato com a comunidade. Mesmo quando eles decidem conflitos que têm uma vasta consequência para a sociedade – como sói acontecer especial e comumente nos julgamentos de natureza constitucional – em regra a função desses juízes consiste, ainda, em decidir questões ligadas a *cases and controversies* que, no cotidiano, perante eles são levadas pelos membros interessados da comunidade. Permitam-me recordar regras fundamentais da sabedoria antiga: a) não há juiz sem autor (*nemo iudex sine actore*), ou seja, primeiro existe a função jurisdicional à qual o autor da ação; b) no mesmo sentido de “a”: onde não existe ação, aí não há jurisdição (*ubi non est actio ibi non est iurisdictio*); c) o juiz não deve ficar submisso às pressões das partes; às pressões (e solicitações) de uma só das partes; por isto tem o dever de executar, de ouvir ambas as partes (interessadas) no processo; exprime-se no adágio: *audiatur et altera pars*. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologia e Sociedade**. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 247-248)

⁵⁷⁹El juez se ve obligado a imprimir un giro a su que hacer puesto que debe resolver las controversias y cada vez con mayor nitidez es manifiesto que la ley ha dejado de ser la única cantera de la que pueden extraerse sin más las reglas o principios que determinen su solución. (MEDINA, Diego Eduardo López. **El Derecho de los Jueces**. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 6)

globalização e dos sistemas de proteção transnacionais⁵⁸⁰; *f*) juridprudencialização do direito⁵⁸¹; *g*) carnavalização da democracia⁵⁸²; *h*) combate à corrupção^{583, 584, 585}.

Com o enorme aumento das funções do Estado na passagem para o Estado Social, o problema da teoria sociológica do direito resistia em compulsar se não foi alterada a função do direito estatal, o que denota a expressiva expansão da teoria funcionalista⁵⁸⁶, modificando o olhar para a jurisdição.

Pelas contingências acima delineadas, ocorre o fenômeno extraordinário, o qual nossos Juízes-Tribunais libertam-se das amarras do sistema e deixam de ser simples boca irresponsável da lei, para, além de simplesmente dizer, tornarem magistrados operantes, não apenas dizendo, mas livremente fazendo, o que os demais poderes omitiram-se de fazer. Este, como é obvio, constitui um poderoso obstáculo estrutural⁵⁸⁷.

A emergência de outras fontes de direito fruto de uma sociedade que está em rápida transformação e marcada por um intenso conflito marca a necessidade de uma produção

⁵⁸⁰BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. *Civil Procedure Review*, v.1, n.º 3, Pp.46-74, 2010. P.47.

⁵⁸¹Ver: BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial*. Barcelona: Bosch, 1951.

⁵⁸²Vide: WARAT, Luis Alberto. *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 144.

⁵⁸³Esta foi sempre uma questão tratada em duas perspectivas nos estudos sócio-jurídicos: a da luta jurídica e judiciária contra a corrupção; e a da luta contra a corrupção dentro do judiciário. Sempre que levou a cabo o combate à corrupção, o judiciário foi posto perante uma situação quase dilemática: se, por um lado, esse combate contribuiu para a maior legitimidade social dos tribunais, por outro, aumentou exponencialmente a controvérsia política à volta deles. Por quê? Porque os tribunais não foram feitos para julgar para cima, mas sim para julgar os de baixo. As classes populares, durante muito tempo, só tiveram contato com o sistema judicial pela via repressiva, como seus utilizadores forçados. Raramente o utilizaram como mobilizadores ativos. A questão da impunidade dos poderosos está inscrita na própria matriz do Estado liberal que, como se sabe, não é um Estado democrático na sua origem. A igualdade formal de todos perante a lei não impede que as classes que estão no poder, sobretudo na cúpula do poder, não tenham direitos especiais, imunidades e prerrogativas que, nos casos mais caricaturais, configuram um autêntico direito à impunidade. (SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 16-17)

⁵⁸⁴Así, el mayor involucramiento de los jueces se verifica para contrarrestar los actos atentatorios de los principios republicanos, como la falta de transparencia de los negocios públicos, el menoscabo de la ética pública. (BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. *Civil Procedure Review*, v.1, n.º 3, Pp.46-74, 2010. P. 63)

⁵⁸⁵De um lado, os Parlamentos demonstraram sua incapacidade de agir enquanto instrumentos onipotentes em favor do desenvolvimento social. Muitas das leis forma promulgadas tardiamente ou logo caducaram; outras tantas exibiram-se ineficazes, até mesmo contrapodutivas, em vista os fins sociais a que elas forma reputadas alcançar; e, também, muito cedo geraram confusões, obscuridade e desconsideração no domínio do Direito. Há, também, sobretudo, compostos por políticos eleitos localmente, e políticos eleitoralmente ligados a uma certa categoria ou a um certo grupo. Os valores e prioridades desses políticos, para os quais eles estão mui desejoso a despender o dinheiro público, no mais das vezes, são valores e prioridades locais ou do grupo. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 17-18)

⁵⁸⁶BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P. 83.

⁵⁸⁷SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. *Da Função à Estrutura*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. (orgs.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 96

extralegislativa. A aproximação necessária entre o jurista e o sociólogo diz respeito à relação inversa entre regra e comportamento. O jurista que atua por uma Ciência do Direito atenta aos fenômenos desenrolados, dá uma atenção mais especial à rede de regras pelas quais se movimentam o grupo social, para que o fenômeno normativo seja assim recepcionados mediante a hermenêutica que consiga readequá-lo ao tempo social. O direito é uma criação humana⁵⁸⁸, no sentido de que “El juez es *iusdicens*, quien dice el derecho; su juicio implica la definición o determinación de lo justo o del derecho.”⁵⁸⁹

Conjuntamente com isso: “el *legislador* la toma como un medio para un fin: *el juez*, en ámbito, debe verla como poseyendo un fin en sí misma; y hay que procurar que el Derecho, *al encarnarse en el juez*, no absorba demasiada materia extraña. La leí liberal al juez de la influencia de los poderes estatales con el propósito de someterle al exclusivo imperio del Derecho”⁵⁹⁰.

Por consequência “*es así que el juez, por una razón ontológica, crea derecho dentro de la ley, pero puede claro fuera de ella sino por delegación con la cual se transforma en rigor Legislador*”⁵⁹¹. Aditivo Legislativo por um lado e criação do direito pelo outro. O Poder Judiciário como poder criador de normas individuais, busca solucionar os casos concretos (coletivos ou individuais) através de uma Constituição⁵⁹², que funda normas (regras e

⁵⁸⁸It is characteristic of non-instrumental views that the content of law is, in some sense, given; that law is immanent; that the process of law-making is not a matter of creation but one of discovery; that law is not the product of human will; that law has a kind of autonomy and internal integrity; that law is, in some sense, objectively determined (TAMANAHA, Brian Z. **Law as a Means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.164)

⁵⁸⁹D’ORS, Alvaro. **Principios para una Teoria Realista**. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid: Anuario de Filosofía del Derecho, 1953. P. 26-27.

⁵⁹⁰...el juez es la puerta principal a través de la cual se ingresa desde el reino de las ideas en el realidad, para dirigir las relaciones humanas. En él se encarna el Derecho. Ahora bien, la norma jurídica, en el momento en que sale de las manos del legislador experimenta una mutación notable: creada en vistas a un fin, no quiere, sin embargo, ser aplicada por razón de este fin, sino en mérito de su misma existencia; sólo en cuanto sirve realmente a este fin, sino de modo incondicionado. (RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. 1ª Ed. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930. P. 148)

⁵⁹¹COSSIO, Carlos. **La Plenitud del Orden Jurídico**: y la Interpretación Judicial de la Ley. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 101.

⁵⁹²Desde el cuadrante político-institucional, la experiencia de las últimas décadas y especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994 –el fenómeno es también propio de otros países del subcontinente, que reformaran sus Cartas Fundamentales (Brasil, 1988; Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Venezuela, 1999, entre otros)-, denotativa de la “sustancialización” de los derechos y el ascenso jerárquico de las garantías, no solo ha sido explosiva por su dimensión y efectos, sino que en perspectiva se exhibe al presente suficientemente afirmada y consolidada, con claras proyecciones de amplificación hacia el futuro, siempre en miras de la mejor y más adecuada tutela de los derechos de las personas. El actual y creciente activismo en el que participan en general todos los operadores jurídicos –no solo los jueces, sino también los abogados-, a menudo impulsados por las asociaciones sociales de base –consumidores y usuarios, defensores del medio ambiente, de la institucionalidad democrática- y aún los propios afectados en defensa de sus derechos individuales, es tan “progresivo” como los derechos que están en su base (derechos sociales, de “solidaridad”, político-institucionales en general). Y ello, por sí solo, implica su permanencia continuada y aún su desarrollo y profundización, producto de la fuerza expansiva que le es inherente. **Todo lo cual ha de plantear nuevos y renovados desafíos a los que la jurisdicción deberá**

princípios) buscando por si a guarda dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana. Esse poder, por si, transcende das vontades estabelecidas pela vontade dos legisladores:

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos de Direito, o operador jurídico aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica burguesa.⁵⁹³

Destaque-se que o Ativismo Judiciário não pode ser considerado somente aos casos levados à Jurisdição Constitucional, mas também à Jurisdição Ordinária; assim sendo, este fenômeno se dá em todos os níveis de Jurisdição. Qualquer juiz, em qualquer decisão pode criar direito por meio de uma norma individualizada.

Aqui cabe lembrar Aristóteles⁵⁹⁴ em sua obra *Ética a Nicômaco* que faz menção da justiça universal que é dada pelo Poder Legislativo e da justiça individual que é concebida pelo Poder Judiciário⁵⁹⁵, esta construção lembra Kelsen⁵⁹⁶ em seu livro *Teoria Geral do Direito e do Estado*, que salienta que a norma produzida pelo Legislativo tem caráter geral e abstrato e a

responder criativamente. (BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas. *Civil Procedure Review*, v.1, n.º 3, Pp.46-74, 2010. P. 47-48. P. 72)

⁵⁹³WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 188.

⁵⁹⁴ARISTÓTOLES. *Ética a Nicômaco*. 3ª Ed. Bauru – SP: Edipro, 2009.

⁵⁹⁵De igual modo, não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu, de preferência *secundum legem* ou *praeter legem*, mas, se necessário, até mesmo *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito, o que não é de causar espécie se tivermos presente, por exemplo, que a Lei Fundamental da Alemanha, em seu art. 20.3, diz que o Executivo e Judiciário obedecem à Lei e ao Direito, expressando, assim, que “lei” e “Direito” não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a Lei, um conteúdo suplementar de sentido, ou, ainda, que esse aditamento remete, na verdade, para além da Lei, para um Direito supra-legal, que sendo anterior e superior a qualquer direito posto, impõe-se até mesmo às normas constitucionais. Assim vistas as coisas, não temos receio em dizer que aquilo que se chama, criticamente, de ativismo judicial não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a sua indispensável e assumida participação na tarefa de construir o direito de mãos dadas com o legislador, acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas. Pensando bem, ativismo é, apenas, uma palavra nova com que se critica a velha criação judicial do direito. (COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acessado em: 03/09/2017)

⁵⁹⁶KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 191 e segs.

norma produzida pelo Judiciário é norma individual⁵⁹⁷. Em ambas as justiças, individual e universal, ou norma geral e individual, o direito pode ser criado por ambas⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷Si para eliminar la ambigüedad de los jueces crean derecho substituímos esse enunciado por las proposiciones y precisiones sugeridas, desaparecidas toda a discordancia. Pues entonces aquel enunciado puede querer decir, simplemente, algunas de estas cosas: I) El conjunto de los jueces, dadas ciertas circunstancias elaboram, normas generales (significado incluido en [(2)] (4) + (6)); II) Los jueces, es decir cada uno ellos, siempre ditan sentencias [significado incluido en (1) + (3) + (8)]; III) En ciertas circunstancias los jueces dictan sentencias que no son el resultado de una mera deducción a partir de normas genereales preexistentes [significado incluido en (1) + (4) + (7)]. La afirmacion (I) importa reconocer el carácter de fuente de derecho autónoma pacíficamente asignado a la jurisprudencia. La afirmacion (II) es una verdad de Perogrullo que no ha de conmovier a nadie y con la que nadie puede honestamente disentir. La afirmacion (III) tampoco suscitará divergencias siempre que las partes entiendan lo mismo por mera deducion. Paralelamente puede ser que al sostener la falsedad de los jueces crean derecho todo cuando se quiera decir sea una desas estas dos cosas, o ambas: IV) Es falso que los jueces actuando en forma individualmente, ya como cuerpo, dicten leyes [significado (1 y 2) + (3 y 4) + (5)]; V) Es falso que los jueces, ya actuando en forma individual dicten normas generales [significado (1) + (3 y 4) + (6)]; Es perfectamente posible que los antagonistas originarios concuerde acerca de (IV) y (V), sin que al sostener la falsedad del enunciado los jueces crean derecho se pretenda, por lo demas, negar la verdate (I) y [(II) o (III)], qye, por otra parte, seria todo lo que quieren afirmar quienes lo afirman. Al comienzo de este apartado dije que reducir la controversia en una cuestión puramente verbal era una vía seductoramente simple. Quiero decir ahora que, además, es una manera engañosamente fácil de terminar con el problema. Es concebible, en efecto, que después de efectuadas todas las sustituciones del cargo, y exhibidas las concordancias existentes, una de las partes exprese. Todo está muy bien, pero cuando yo sostengo que los jueces crean derecho no me limito a afirmar cosas tan obvias como los jueces dictan sentencias o la jurisprudencia es elaborada por los jueces. Tampoco me limito a admitir el hecho indiscutible de que, a veces, las sentencias judiciales no son meras deducciones a partir de la ley. Es concebible, además, que a outra parte agregue: Y cuando yo digo que los jueces no crean derecho no me limito a negar que los jueces sancionan leyes que la sentencia de un jue sea una norma general obligue para sus colegas. Uno y otro pretenden que los jueces crean derecho y algm más que em lo que nuestro análisis le hemos hecho der. Y respecto de ese algo más el desacuerdo subsiste, porque lo que usted ha señalado, a saber (1) que los jueces nunca dictan leyes: (2) que el conjunto de los jueces, en ciertas circunstancias, establecen jurisprudencia; (3) que los jueces siempre dictan Sentencias; (4) que las sentencias judiciales, en ciertos casos no constituyen una pura deducción a partir de la ley; y (5) que una sentencia judicial no constituye una norma general o en la teoria para otros jueces. Pero no obstante ello estamos en acuerdo respecto de una cosa distinta, a saber, si los jueces crían derecho. A esta altura de las cosas podemos tomar uno de dos caminos: o hacemos oídos sordos a estas protestas, decretando que ellas son inteligibles, un mero sinsentido, o bien tratamos explicarnos la trama de tan pertinaz desacuerdo. Me parece referible el segundo. (CARRIÓ, Genaro E. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 3ª Ed.. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. P. 108-109)

⁵⁹⁸Vide autores que tratam do tema: a criação do direito por meio de normas individuais. SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edicion. México: Universidad Ncional Autónoma de México, 2008. P. 489. SICHES, Luis Recásens. **Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho**. Segunda Edicion. México:Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 141-142. SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edicion. México: Universidad Ncional Autónoma de México, 2008. P. 107; RICOEUR, Paul. Diritto, Interpretazione, Applicazione. **Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica**, 1996.P. 192-193; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 231-232. BULYGIN, Eugenio. **Creación Judicial del Derecho**. Disponível em <<https://www.scribd.com/document/243563200/BULYGIN-CREACION-JUDICIAL-DEL-DERECHO-pdf>> Acessado em 05/02/2018. BULYGIN, Eugenio. Los Jueces Crean Derecho. **Isonomía**, n.º 18, abril de 2003, Pp. 6-25. P. 24; GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción al Derecho** (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar. P. 171. COSSIO, Carlos. **La Plenitud del Orden Jurídico**: y la Interpretación Judicial de la Ley. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 57-58. COSSIO, Carlos. **El Derecho en el Derecho Judicial**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1945. P. 45. COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970. P. 75. COUTURE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963. P. 82. CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. p. 70. RAZ, Joseph. **La Autoridad del Derecho**. Ensayos sobre derecho y moral. 2ª ed.. México: Universidad Nacional Autónoma de México Imprenta Universitária, 1985. P. 247. RAZ, Joseph. **La Autoridad del Derecho**. Ensayos sobre derecho y moral. 2ª ed.. México: Universidad Nacional Autónoma de México Imprenta Universitária, 1985. P. 245. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique **¿Qué Significa Juzgar?** In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009). P. 154-157.

La necesidad de juzgar en que se encuentra el Juez deriva, entonces, de la estructura lógica el deber ser. No bien nos colocamos en la esfera del Derecho, vale para nuestra conducta una estructura constructiva que no es fruto de nuestro albedrío del Legislador, sino que pertenece al Derecho en cuando objeto; pertenece al Derecho por ser Derecho y por ninguna razón. Ya hemos dicho que ser Juez quiere decir administrar justicia: en este sentido el Juez debe de juzgar siempre, no porque es Juez, es decir porque esa es su ontología jurídica. El legislador, ciertamente, puede indicar cómo se llena el cargo de Juez y cómo éste ha de cumplir su función: pero el Legislador no inventa ni crea la propia función judicial porque ésta es inherente e immanente al concepto del Derecho es apriorístico para el propio Legislador desde que éste es, a su vez, órgano del Derecho.⁵⁹⁹

Consequentemente, o Legislativo, corporificando por meio de suas Leis em um positivismo já ultrapassado, não vem mais a acompanhar a rapidez com a qual a sociedade caminham. Ao contrário, para que se consiga alcançar suas novas exigências e também pelo alargamento crescente dos próprios ramos jurídicos e da necessidade prática daí decorrente, de não deixá-los sem controle efetivo, outros atores jurídicos vão lutando por espaços de poder e legitimação. Diante desse quadro, os juízes devem buscar meios a não deixar a sociedade a mercê da anarquia ou, melhor dizendo, o Poder Judiciário deve ser criativo:

Não se deve esquecer, ainda, o fato fundamental de que a criatividade judiciária, ou a sua acentuação, foi larga medida consequência do enorme crescimento dos próprios ramos jurídicos, e da necessidade, daí decorrente, de não deixá-los sem controle efetivo. Por isso, também é previsível um gradual processo de adaptação do judiciário, no sentido de que desenvolva maior “competência institucional”, a fim de saber responder às novas exigências que se lhe está impondo, processo este que, como vimos, já está em curso de realidade. Esse processo, de outra parte, não será e nunca deverá ser levado ao ponto de suprimir as profundas diferenças institucionais existentes entre órgãos judiciários, de um lado, e os assim chamados ramos políticos do outro.⁶⁰⁰

Não se previa que, nos séculos XX e XXI, o impressionante fenômeno da expansão do Direito Legislativo – ocorrido tanto nos países de “*Common Law*” quanto nos da “*Civil Law*” – constituísse, como veremos, uma nova abordagem, passando o Poder Judiciário a ter um papel de maior relevância; passando o direito a ter enfoque no direito criado pelos juízes, para que estes venham a dar cabo aos problemas e às deficiências do direito criado pelos Corpos Legislativos, calcados no positivismo jurídico⁶⁰¹. Portanto, em ambos os sistemas jurídicos, o ponto central de gravitação de toda a criação judicial é a decisão expressada por decisão judicial

⁵⁹⁹COSSIO, Carlos. **La Plenitud del Orden Jurídico**: y la Interpretación Judicial de la Ley. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 54-55.

⁶⁰⁰CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 90.

⁶⁰¹CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 18.

dos juízes, seja como interpretação seja como produção de texto⁶⁰². Desta forma, juízes e tribunais passam a laborar como instâncias heterônomas de criação abreviada do direito, sem que a ninguém ocorra à ideia de que, no exercício desse trabalho, estejam eles a usurpar função privativa do Poder Legislativo.

Saliente-se que esta Legislação engendrada pela atividade interpretativa do Poder Judiciário é inevitável na era moderna por duas razões: *a*) uma vez que a sociedade moderna é dinâmica, o Legislador não pode possivelmente imaginar, e atender a, todos os desenvolvimentos que possam ocorrer no futuro. Assim, haverá lacunas na lei estatutária que têm de ser preenchidos por juízes; *b*) o Poder Legislativo pode muitas vezes ser relutantes ou incapazes de fazer uma lei moderna, que é de necessidade urgente, e, em seguida, este trabalho tem por vezes, a ser feito pelo tribunal⁶⁰³.

De todo modo ocorre uma ressignificação-transcendência da função judicial, pois esta vem a resgatar a filosofia do/no direito fundando uma nova abordagem interpretativa dimensionada ao antiformalismo^{604, 605} uma configuração de direito criado pelos juízes (*judge-made law*)⁶⁰⁶ que dota-se da hermenêutica jurídica de cunho filosófico⁶⁰⁷ vem a refundar o

⁶⁰²WOLKMER, Antônio Carlos. **O papel dos juízes na criação do Direito. Estudos Jurídicos**. Acessado em <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/historia-do-direito/86-fundhstidir>> Acessado em 03/02/2018. P.83.

⁶⁰³Judicial legislation is to some extent unavoidable in the modern era for two reasons: (1) Since modern society is dynamic, the legislature cannot possibly conceive of, and cater to, all the developments which may take place in the future. Hence there will be gaps in the statutory law which have to be filled in by judges; (2) The Legislature may often be unwilling or incapable of making a modern law which is of pressing need, and then this job has sometimes to be done by the court. (KATJU, Markandey. **Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism**. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 12-06-2017)

⁶⁰⁴Vide HOLMES, Oliver Wendell, Jr. La «revuelta contra el formalismo»: la influencia del pragmatismo; Sobre la función judicial y el papel de los tribunales. In: HOLMES, Oliver Wendell, Jr. **La senda del Derecho**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

⁶⁰⁵Awareness of the potential creativity within the judicial function has been heightened by two main factors: a different approach to the method of interpretation and the radical transformation of the role of law and government in modern “welfare” societies. The new interpretative approach was called the “revolt against formalism”, and it is characterised by two innovative elements, which both display elements of judicial creativity: the method of systematic interpretation and the relevance of the choice element for the judges. (POLLICINO, Oreste. **Reasons behind the creative role of judicial interpretation**. In: POLLICINO, Oreste. *Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint*. European & International Law. **German Law Journal**, vol 5, n.º 3, 2004. P. 286)

⁶⁰⁶PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. P. 14.

⁶⁰⁷Il arrive également à la Cour de Strasbourg d'utiliser le canon herméneutique de l'effet utile, mais d'une façon moins révolutionnaire — par exemple dans l'arrêt *Klass c. Allemagne* du 6 septembre 1978, où elle a jugé que l'effet utile (§ 34) de la Convention commandait qu'un requérant soit recevable à se prétendre victime d'une violation de la Convention bien qu'il ne puisse alléguer à l'appui de sa requête avoir subi aucune mesure concrète de surveillance. Il peut arriver que le refus de reconnaître un effet utile à un texte soit paradoxalement inspiré par la volonté de ceux qui l'ont rédigé. Par exemple, lorsque la Cour de cassation a jugé, dans une première série d'arrêts, que la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant n'avait pas effet direct, elle savait, selon plusieurs délégations gouvernementales ayant participé à la rédaction de ce texte, que les Etats parties s'étaient accordé pour considérer que celui-ci ne serait pas une source de droits subjectifs au profit des particuliers. Eu égard à cette volonté initiale d'au moins certains Etats parties, la première chambre civile, par trois

direito (tenta superar a filosofia da lei) em suas bases evidenciando os diversos casos que ilustram junto a isso um conceito de Ativismo Judicial que pode solucionar a discussão de questões Jurisprudenciais importantes⁶⁰⁸. Pois a Jurisprudência adquire poder pretoriano frente à contemporaneidade.⁶⁰⁹

Agrega que a Hermenêutica Jurídica de cunho Filosófico frente ao Ativismo Judicial deve se colocar “*a la altura de los problemas y ello ya no puede llevarse a cabo sin reconocer la creatividad del intérprete y su necesario trasegar entre diversas fuentes, discursos y*

arrêts rendus en 1993 a dans un premier temps privé d'effet direct, et donc d'effet utile, les dispositions de la Convention. Cette jurisprudence a récemment été abandonnée par la Cour de cassation, une conception trop historique fondée sur l'interprétation de la volonté des rédacteurs de la Convention ayant désormais cédé la place à une lecture plus détachée de ce qui s'était dit lors des négociations entre délégations gouvernementales. Si l'exemple est donc désormais caduc, il reste cependant intéressant en tant qu'illustration de la disposition des juges à ne pas systématiquement donner un effet utile aux instruments invoqués devant eux. (CANIVET, Guy. *Activisme Judiciaire et Prudence Interprétative. Archive philosophie du droit*, n.º 50, dalloz, 2007, Pp 7-32. P. 12)

⁶⁰⁸Turpin and Brzonkala illustrate that the concept of judicial activism can prompt discussion of important jurisprudential issues. (MIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California Law Review. October, 2004. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm. Acessado em: 12-06-2017)

⁶⁰⁹Que el derecho romano se desarrolló empírica y no sistemáticamente se hace claro tan pronto examinamos atentamente la manera en que se formó en su época más importante, la llamada época clásica. Abarcamos la historia del derecho romano en un período de cerca de mil años. Se nos presenta con sus rasgos detallados a mediados del siglo V antes de Cristo, y termina a mediados del siglo VI después de Cristo, en Bizancio. Es característico que en todo este tiempo, en el transcurso de mil años, el desarrollo del derecho romano solamente muestre dos leyes verdaderamente comprensivas la una data de los comienzos, y es la ley arcaica de las doce tablas, primitiva en contenido y forma, de mediados del siglo V antes de Cristo, la otra data de los finales, el *Corpus Iuris* de Justiniano, la colección oficial de las sentencias y desiones de los juristas y los tribunales romanos, las cuales, a fines de la antigüedad, recogieron la sabiduría jurídica romana. En el largo intervalo entre estas dos leyes no hallamos ninguna otra ley comprensiva en el sentido de una codificación. Toda la evolución del derecho que acompaña al desarrollo de la pequeña ciudad itálica hasta convertirse en la metrópolis de un imperio altamente civilizado, no se efectuó por medio de leyes. Tal evolución fue más bien la obra de los pretores, de los juristas que actuaban como expertos y del concilio del emperador romano. Primero aparecieron los pretores. El pretor era, en la república, el jefe del departamento de justicia, ciudadano elegido para desempeñar el puesto durante un año. Los pretores, en el siglo I y antes de Cristo, crearon los fundamentos de un nuevo derecho privado. Esto se efectuó de caso en caso, según las necesidades. Cada pretor aceptó los principios que había establecido su predecesor, los alteró en un punto u otro y añadió una regla u otra. No había ningún lugar, en esta fama del planteamiento del derecho, para una formación fundamental del derecho. El derecho pretoriano queda suplementado por las opiniones de los juristas prácticos. Ellos daban opiniones sobre gran número de problemas escritos y orales. Estas informaciones jurídicas fueron coleccionadas por tradición, y finalmente fueron consideradas como fuente del derecho. Ellas forman la segunda capa del derecho romano clásico, también, debido a su naturaleza de opinión profesional expresada en dictámenes, se refieren a casos individuales. La culminación del desarrollo del derecho clásico la constituyen las decisiones del emperador. Estas las emitan los emperadores junto con sus consejeros juristas, el llamado concilio, una organización similar a un tribunal, y en casos que se presentaban al emperador para su solución. Estas decisiones, entonces, se refieren también, desde luego y desde el principio, al caso individual y no intentan ninguna regulación general. Al contrario, los emperadores a veces violaban estas reglas tradicionales. El resultado de todo este desarrollo fue una multitud de reglas jurídicas que daban solución a casi todos los problemas que se originaban en la vida de la antigua sociedad. Pero estas reglas jurídicas tienen su conexión solamente en la tradición, y no se hallaban unidas por un sistema. Esto se advierte desde luego en la forma exterior de las fuentes en que ha llegado hasta nosotros este derecho. El edicto pretoriano en el cual se enunciaba este derecho es una serie de proposiciones positivas sin arte, y las grandes obras de la jurisprudencia clásica tienen, en la inmensa mayoría de los casos, la forma de comentarios o colecciones de decisiones. Las reglas y las decisiones individuales se ponen lado a lado sin orden riguroso (COING, Helmut. **El Sentido del Derecho: Historia y Significado de la Idea del Sistema en la Jurisprudencia**. 1 ed. México: Centro de Estudios Filosóficos Universidad Nacional Autónoma de México, 1959. P. 26-27)

protocolos, precisamente con el objeto de que el derecho pueda ofrecer una respuesta, siempre histórica y, por ende, superable y debatible, pero razonable y adecuada a la demandas crecientes de justicia provenientes de la sociedad, las cuales, entre otros lugares, se dan cita en el proceso”⁶¹⁰.

A concepção moderna de Estado, conforme descrito à época de Kelsen, já não mais é aceita, dada a sociedade industrial avançada e com a ampliação da intervenção do Estado na esfera econômica. A força passa a ser um dos meios, mas não o único, para gerir a sociedade. A atenção ao poder econômico eleva-se de tal maneira que os recursos econômicos não valem menos do que os recursos de força para condicionar o comportamento dos indivíduos. Entretanto, mesmo tendo visto que o direito não se limita à função de reprimir, mas também de estimular e promover, ainda deve-se ter a ideia de que o direito serve de meio, e não de fim, pois mesmo que o direito deva organizar o poder econômico, não se separa da sua função de organização social.⁶¹¹

A análise estrutural do ordenamento jurídico pode absorver as mudanças trazidas pela análise funcional. Assim, não se busca o direito na função ou no conteúdo, mas na estrutura do seu ordenamento. Mesmo com o aparecimento do direito promocional, o direito pode continuar a ser tido, do ponto de vista estrutural, como norma hipotética (no plano da nomostática) e como ordenamento em graus (no plano da nomodinâmica). Entretanto, do ponto de vista funcional, já não pode mais ser visto como forma de controle social – somente na forma de controle-repressão poderá ser – uma vez que o ordenamento jurídico não tem como função apenas controlar o comportamento dos indivíduos, mas também direcioná-los para objetivos preestabelecidos, por meio de técnicas e sanções positivas.⁶¹²

Sentido assim segue que o Ativismo Judicial tem em suas mãos um forte poder dos juízes que inquestionavelmente “criam novo direito” toda vez que decidem um caso concreto; porque o direito é, de fato, a instituição social mais estruturada e reveladora da sociedade⁶¹³.

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao

⁶¹⁰MEDINA, Diego Eduardo López. **El Derecho de los Jueces**. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 7.

⁶¹¹BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P.77.

⁶¹²BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P.78.

⁶¹³DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 09-15.

Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de intereses) e controversias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁶¹⁴

A criação judicial do direito provém do exercício regular do Poder-Dever, que incumbe aos juízes, de transformar o Direito Legislador em Direito Interpretado, ou seja, a *verba legis* em *sententia legis* – caminando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdiccional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que é dar a cada um o que for seu⁶¹⁵. Pensando bem, *Ativismo é, apenas, uma palavra nova com que se critica a velha Criação Judicial do Direito*.^{616,617}

⁶¹⁴COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acessado em: 03/09/2017.

⁶¹⁵COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acessado em: 03/09/2017.

⁶¹⁶Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria esses limites, a criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdiccional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que nisto consiste o dar cada um o que é seu. (COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial: o caso brasileiro**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acessado em: 09-30-2013)

⁶¹⁷En relación con el significado que el término «crear» asume en la expresión de referencia, estimo que pueden distinguirse analíticamente hasta ocho actitudes teóricojurídicas. Éstas, clasificadas desde la versión más fuerte a la más débil de la idea de creación, responden a las tesis siguientes: 1.ª) Crear/juzgar como demiurgia. Si se asume el término «demiurgo» en la acepción platónica de fuerza creadora y suprema, pueden englobarse aquí las tesis reseñadas supra de autores como D'Ors, Gray o Holmes, para quienes no sólo los jueces crean Derecho, sino que de ellos procede todo el Derecho, es decir, que sólo los jueces son fuente del Derecho. 2.ª) Crear/juzgar como manifestación del arbitrio judicial. En distintos momentos del desarrollo histórico del Derecho y para algunos movimientos de la cultura jurídica contemporánea, entre los que pueden incluirse la Escuela del Derecho Libre y las versiones más radicales del denominado «uso alternativo del Derecho», el juez se halla investido de la potestad de establecer normas jurídicas. Esa facultad puede ejercerla cuando las exigencias del caso controvertido lo hace necesario, atendiendo a su punto de vista sobre la justicia, a su idea del bien o a su sentido común. 3.ª) Crear/juzgar como capacidad para producir normas ex ius naturae o ex natura crear normas jurídicas por exigencias de justicia, pero difiere de ella en que le impone el deber de inspirar y orientar su decisión en un parámetro normativo objetivo: el Derecho natural o su modalidad de la «naturaleza de las cosas». La célebre teoría de G. Radbruch, según la cual el juez debe oponer a la legalidad incua el Derecho supra legal, constituyen un ejemplo diáfano de esta postura. El propio Radbruch en su monografía *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (La naturaleza de la cosa como forma de pensamiento jurídico), estimuló una corriente doctrinal que concebía la «naturaleza de las cosas» como fuente jurídica inspiradora de las potestades creativas de la jurisprudencia. 4.ª) Crear/juzgar como capacidad de integración normativa. En las últimas décadas del pasado siglo, se puede considerar como una postura representativa de este planteamiento a la de R. Dworkin. Dworkin tiende a evidenciar el carácter fragmentario e insatisfactorio de las tesis que hacen reposar la validez del sistema de fuentes en criterios formales normativos. A partir de ello, se haría depender la validez de las normas concretas de su conformidad con las normas de procedimiento que en cada ordenamiento jurídico regulan la producción jurídica (teoría que es calificada por Dworkin como test del pedigree). No menos rechazable le parecen las doctrinas que reconducen la validez al dato puramente fáctico de la eficacia de las normas, es decir, al hecho de su aplicación y cumplimiento mediante una determinada práctica social. El rechazo de cada una de estas posturas le conduce también al rechazo del sincretismo de ambas, tal como se desprendería de las tesis de Hart. En la teoría del Derecho como integridad, que sostiene Dworkin, ocupan un lugar privilegiado los principios. Según la notoria tesis de Dworkin, todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios (principles), medidas o programas políticos (policies) y reglas o disposiciones específicas (rules). Dworkin denomina medidas políticas a las normas genéricas (standards) que establecen fines que deben alcanzarse y que implican un avance en el terreno económico, político o social para la comunidad; mientras que reserva la denominación de principios a los standards o prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia, de imparcialidad, o de cualquier otra dimensión de la moralidad. Son los

Por fim, o Ativismo Judicial encontra fundamentos em duas “correntes doutrinárias” muito distintas entre si: a primeira, a teoria *procedimentalista* (invasão do direito no campo Político); a segunda, a teoria *substancialista* (invasão do Político no campo direito). Inobstante as diferenças, ambas são reconhecidas, em especial, no âmbito da Jurisdição que passou a ter grande função estratégica diante das Constituições Democráticas estabelecidas pelo Pós-guerra.

Nos tópicos que seguem serão abordadas as mais importantes diferenças entre as duas correntes e deste modo ver-se-á a íntima relação entre Política e Direito e Direito e Política. Os

principios, en cuanto entrañan los fundamentos morales del orden jurídico y la expresión de los derechos básicos de los ciudadanos, los que aseguran la coherencia y plenitud del sistema de normas que hace posible el imperio del Derecho y que, por tanto, deben ser la pauta orientadora de la labor judicial. 5.^a) Crear/juzgar como capacidad para completar el proceso normativo. Se há producido durante las últimas décadas, una metamorfosis en el concepto de norma rei. Esta tesis coincide con la anterior en postular la legitimidad del juez para que tiene consecuencias inmediatas en la forma de concebir la función judicial. Hoy se tiende a sustituir la noción de norma jurídica como «norma dato», es decir, las formulaciones promulgadas por el legislador, por la de «norma resultado», que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa por los operadores jurídicos, en especial, por los tribunales. De ello, se desprende que para las corrientes jurídico-metodológicas actuales la norma no es el presupuesto, sino el resultado de un proceso de elaboración e interpretación en el que a la judicatura le corresponde un protagonismo incuestionable. 6.^a) Crear/juzgar como capacidad excepcional para producir normas. Esta tesis corresponde a quienes circunscriben la facultad creadora de la judicatura a las situaciones excepcionales en las que el juez puede formular normas generales, como en los supuestos de lagunas. 7.^a) Crear/juzgar como facultad para elegir el significado normativo. Esta tesis podría hallarse representada por la difundida concepción normativa de Herbert Hart, según la cual la actividad judicial se lleva a cabo a través de un proceso necesario de atribución de un sentido a las normas. Ya que, según Hart, toda norma posee una estructura abierta (open texture), susceptible de asumir diversos significados posibles. Entre ellos, el juez elige el que estima más adecuado a las circunstancias y esa elección implica un reconocimiento de su libertad de opción. 8.^a) Crear/juzgar como posibilidad de producir normas individuales. Según se desprende de la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen, el ordenamiento jurídico se halla conformado por normas generales y abstractas, creadas por el poder legislativo y los órganos administrativos competentes para ello, y normas individuales y concretas representadas por las sentencias judiciales. Los jueces al proyectar los supuestos genéricos y abstractos previstos en las normas generales a los casos concretos, llevarían a cabo un proceso de individualización que supondría la facultad creadora de normas individuales. Conviene reparar en que de las tesis reseñadas, sólo la 1.^a reivindica el monopolio judicial de la creación del Derecho. En las restantes, no se pone en cuestión la compatibilidad de las funciones creadoras del juez con la existencia de otras fuentes de producción de normas jurídicas. Las tesis 2.^a, 3.^a y 4.^a suponen la versión «fuerte» de la expresión: «los jueces crean Derecho»; mientras que las tesis 5.^a y 6.^a representan la versión «débil» de la misma. La tesis 5.^a sostiene que el proceso de creación de normas jurídicas exige la necesaria concurrencia de una pluralidad de actores, siendo la judicatura uno de ellos. La tesis 6.^a limita la creación judicial a supuestos excepcionales que confirman la regla general de que la producción de normas es competencia del legislador; y que a la judicatura le incumbe su aplicación. Las tesis 7.^a y 8.^a, pese a lo que pudiera sugerir su enunciado, constituyen respuestas negativas a la posibilidad de atribuir a los jueces la función creadora del Derecho. La concepción de Hart no implica el reconocimiento de un poder creador en manos del juez, sino una concepción flexible y abierta del proceso hermenéutico a través del cual el juez aplica las normas. Asimismo, la postura de Kelsen no debe llevar a engaño, porque, en su significado estricto y consecuencias, no entraña algo opuesto a la teoría de la subsunción defendida por el positivismo jurídico legalista. Conviene advertir, al respecto, que para Kelsen, el ordenamiento jurídico es una estructura piramidal estrictamente jerarquizada, en la que toda norma apoya su validez en la superior. En función de esa estructura escalonada (Stufenbau) del orden jurídico postulada por H. Kelsen, la pretendida «creatividad» del juez para formular normas individuales, se circunscribe a individualizar las consecuencias previstas en las normas generales, es decir, a aplicar lo previsto en las normas generales a los casos controvertidos. Debe señalarse también que las acepciones del término «crear» se hallan inmediatamente vinculadas a las distintas concepciones del Derecho y a los modelos de la judicatura de modo que los tres aspectos en los que se desglosa la expresión: «los jueces crean Derecho», aunque permiten y aconsejan una distinción conceptual a efectos de clarificar su significado, se hallan involucrados necesariamente en el desenvolvimiento de la experiencia jurídica. (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, ¿Qué Significa Juzgar? Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 32, 2009, Pp. 151-176. P. 154-157)

eixos a serem estudados têm em comum o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitados às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual cidadã⁶¹⁸.

A interpretação do direito realizada pelo Juiz-Tribunal carrega em sua essência uma forte valoração política revelando uma sociedade livre e aberta que vem a potencializar com aptidão a oferecer alternativas para a interpretação⁶¹⁹ do direito. Tem por escopo ordenar o esforço social e individual, para que se deliberem as disputas sociais e individuais, fazendo assim com que ocorra a realização da Justiça entre os Cidadãos e o Estado.

In un significato ampio, la politica abbraccia tutte le attività pratische che concorrono a creare l'ordine nella società: e quindi, anche nel sistema della divisione dei poteri, si può considerare politica tanto 'attività degli organi legislativi che formulano il diritto in astratto, **quanto quella degli organi giurisdizionali, che lo fanno valre applicandolo ai casi concreti**. Ma nella contrapposizione tra giustizia e politica, che si vuol fare quando si vuol affermare che questa seconda attività non deve intralciare l'esercizio della prima, alla parola politica si dà un significato più ristretto e specifico: adoprandola per indicare, in contrapposto all'attività giuridica che tutta si svolge nei limiti ed in esecuzione del diritto vigente accettato senza discuterlo così com'è, tutte quelle attività che, discutendo **criticamente il diritto vigente, precedono e preparano la creazione del diritto futuro. Antitesi fra giustizia e politica significa dunque antitesi fra ius conditum e ius condendum: fra la osservanza del diritto vigente fedelmente interpretato, e la polemica per mettere al posto del diritto vigente un diritto nuovo che sia più adeguato alle mutate esigenze storiche della società**.⁶²⁰ (g.n)

O Poder Judiciário impulsionado pelo fenômeno Ativista realizado por sua função jurisdicional em suas sentenças-decisões que pode sem chamadas de Decisões Políticas visam a atingir um objetivo coletivo, para com a sociedade e indivíduo, exercendo desta forma o Poder Político o qual é detentor por meio de suas funções. O Ativismo Judicial dimensiona-se meio a uma transferência acentuada de Poder Político para Juízes e Tribunais frente à função jurisdicional e que por derradeiro acabam por promover alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade por absorverem acentuadamente a consciência popular⁶²¹.

⁶¹⁸VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan 1997. P. 24.

⁶¹⁹HABERLE, Peter. **Heremênutica Constitucional**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002. P. 43.

⁶²⁰CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 68-69

⁶²¹BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 12-01-2017.

A decisão judicial, nesse cenário, para ser cultural e socialmente aceitável, deve possuir outras características para além daquelas que definem sua validade formal e sua coerência interna. A atividade criadora não se esgota em atos individuais e isolados, senão que deve se conectar com critérios de ordem mais geral, em certo sentido externo com respeito ao texto da decisão individual.⁶²²

In questo sistema di produzione giuridica, che possiamo chiamare sistema della formulazione giudiziaria del diritto, il giudice è *posto direttamente a contatto colla coscienza popolare*, nella quale il diritto flutua allo stato di sentimento, non ancora fissato i precise norme razionali, e, da quella coscienza di cui egli stesso è partecipe come membro della consociazione, il giudice attinge la ispirazione per risolvere di volta in volta, secondo principi che egli non crea ma che già trova esistenti in sé, le controversie che si presentano al suo giudizio: talchè, nessuno schermo intermedio frapponendosi fra il diritto *e il giudice, questi si trova continuamente a contatto colla viva e fresca realtà sociale, e può sentirne i bisogni e fedelmente seguirne l'ascensione.*⁶²³ (g.n)

O crescimento do Estado e a participação do indivíduo na vida política tem como consequências naturais a politização da sociedade. A aproximação da massa com o que ocorre no poder Estatal, a rapidez na comunicação, o desenvolvimento da educação nos demais níveis sociais e, por fim, o fato de que as decisões do Estado interessam cada vez mais as pessoas, cria uma nova atmosfera política.⁶²⁴ A Política introjetando-se no direito pela via jurisdicional tem como finalidade geral coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a Justiça entre os cidadãos e entre eles e seu Governo, ou alguma combinação dessas alternativas⁶²⁵.

A Politização do Direito pela via judicial fez emergir um novo paradigma no qual o juiz transforma-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia por meio da prestação jurisdicional que passa a provocar transformações políticas, sociais e econômicas. É o mais

⁶²²TARUFFO, Michele. **Sobre las Fronteras**. Escritos sobre la Justicia Civil. Bogotá-Colombia: Editorial Temis, 2006. P. 189.

⁶²³Ma questa contrapposizione tra giustizia e politica, che è necessaria nel sistema della legalità, sparisce nel sistema del diritto libero; se nel sistema della formulazione legale il giudice deve essere soltanto un giurista, cioè un interprete fedele del diritto già fissato in formule dal legislatore, nel sistema della formulazione giudiziaria il giudice deve per forza essere un politico: perchè, non trovando dinanzi a sé la guida delle leggi precostituite, è costretto a cercar per suo conto i criteri di decisione nel tentar caso per caso quella diagnosi delle forze sociali nel sistema della legalità a fata per classi dal legislatore. (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P.14-15 e 70)

⁶²⁴El elemento fundamental que debe tenerse en cuenta si deseamos comprender el fenómeno total de la politización es un hecho que, si no es la causa, es al menos la fuerza propulsora de este fenómeno. Se trata del crecimiento del Estado mismo. La acción del gobierno se aplica a un número constantemente creciente de ámbitos. Los medios a través de los cuales puede actuar el Estado están en continuo crecimiento, así como lo están su personal y sus funciones. Sus responsabilidades aumentan, Esto va acompañado de una centralización inevitable y de la organización total de la sociedad en manos del Estado. (ELLUL, Jacques. **Politización y Soluciones Políticas**. Indianapolis: Liberty Press Derechos, 2001. P. 01-02)

⁶²⁵DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 239.

relevante é afirmar que o Ativismo Judicial transforma o direito em seu amago, por meio da Política⁶²⁶. É notório que a politização das decisões judiciais reflete a presença dos novos conflitos da sociedade, uma vez que os novos contextos expressam novos problemas. O que pode ser apontado como comum a todas as aproximações é o desencanto e o inconformismo com o as estruturas sociais e estatais.⁶²⁷

Neste sentido ocorre o abandono da preservação da Juridicidade do sistema que vem a possibilitar a invasão da corrente substancialista como critério ideológico político, sujeitando-se igualmente a voluntarismos e discricionariedades daqueles destinados a expressar o conteúdo de uma Decisão Política. Desde muito tempo ocorre certa relação tensionante entre o direito e a política. E assim, o Juiz ou Tribunal aplicam certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas⁶²⁸. De tudo, subsiste um conflito inegável entre democraticidade-legalidade^{629, 630} e um cognitivismo

⁶²⁶Há uma grande contradição no encontro da decisão judicial com a Política, são como dois elementos que, na linguagem do paradigma liberal do Direito e do Estado, pertencem a esferas diferentes e não podem se encontrar. São dois fenômenos cuja relação causa impacto no observador por precisamente não carregarem consigo nenhuma partilha no conhecimento jurídico acumulado, salvo a condição própria de serem compreendidos em separado, em um mundo comum, no qual, todavia, vivem. Este constrangimento da permanência e relacionamento no mesmo mundo se expressa da maneira mais simples e necessária no debate presente sobre a politicidade das decisões judiciais. Há sempre, de um lado, uma impossibilidade habitando na questão de fundo da legalidade e, de outro, a exigência premente de não olvidar o possível e perder de vista o objetivo da fundamentação substantiva das decisões judiciais na era da complexidade da Sociedade e do exaustivo debate sobre a questão dos direitos fundamentais. A esfera judicial vem apresentando cada vez maior articulação com a esfera política, originando um intenso debate sobre o alcance e possibilidades dessas conexões. Por um tempo vigorou o modelo desejável de um processo deliberativo atento à promoção da Democracia com forte ênfase nos compromissos democráticos dos agentes das decisões judiciais. Hoje a discussão é mais ampla e, paradoxalmente, atinge a própria legitimidade jurisdicional para tomar decisões de caráter político, o que leva necessariamente ao estudo do grau de politicidade de suas deliberações. (MONTEIRO, Cláudia Servilha. **A racionalidade da decisão judicial política**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. P. 193)

⁶²⁷MONTEIRO, Cláudia Servilha. A racionalidade da decisão judicial política. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol.96, 2007 Pp.191-218. P. 195.

⁶²⁸BACHOF, Otto. **Estado de Direito e Poder Político**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Vol. LVI. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. P. 10.

⁶²⁹En resumen: la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho/y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz -la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza- está asegurada en otra parte: en el sistema político. (LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002. P. 304)

⁶³⁰Más compleja es la diferencia entre derecho y política, puesto que en la sociedad moderna la mayor parte de las leyes son, sin duda, expresión de una voluntad política. No es difícil sin embargo, demostrar que no existe una perfecta y constante coincidencia entre derecho y política. (COTTA, Sergio. **Que es el Derecho**. Madrid: Rialp, 2000. P. 2)

ético subjacente à criação judiciário do direito, e não se trata apenas de um conflito de natureza académica, pois frequentemente traduz *questões de opção política*⁶³¹.⁶³²

É necessário articular que aos juízes cabe a interpretação jurídica e que esta refletirá em uma teoria política, assim efetiva-se o Ativismo Judicial, o qual por várias características estruturais passam a elaborar a exigência de uma interpretação mais ajustada em conformidade com questões substancialistas que refletem diretamente os objetivos sociais, políticos e morais⁶³³. Realiza também princípios de Justiça. Deste modo, o Judiciário serve de palco na busca por justiça, igualdade efetiva e por concretização dos direitos fundamentais.⁶³⁴

Por meio do Ativismo Judicial Substancialista há de se conferir que a interpretação aplicada pelo juiz dá melhor respostas aos anseios da sociedade democrática, nesse sentido “En todo caso, parece evidente que el poder creador del juez se explica válidamente no sólo en la formulación de reglas de decisión posiblemente válidas también para casos posteriores.”⁶³⁵ Por esta teoria, o juiz adotará a responsabilidade correspondente ao papel que exerce diante do modelo de Estado acima citado, valorizando este julgador uma prática interpretativa e hermenêutica.

⁶³¹HESPANHA, António Manuel. **Ideias sobre a Interpretação**. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 36.

⁶³²En definitiva, ¿qué es una cuestión política? ¿Es posible distinguir lo político y lo jurídico o son dos caras de la misma moneda? El dictado de toda norma jurídica, salvo normas como las leyes de tránsito que resuelven simples problemas de coordinación social, implica una decisión política y la mayor parte de las decisiones políticas vinculantes tienen su expresión en normas jurídicas. Entonces, ¿cuál es este criterio de distinción entre cuestiones políticas y cuestiones jurídicas que nuestra Corte Suprema, a diferencia de la Corte Suprema norteamericana ha llevado lejos? Tal vez existe una intuición subyacente al tema de las cuestiones políticas y que, quizás, podría ser captada por una distinción que ha hecho hace algunos años el profesor Ronald Dworkin. Dworkin distingue dos tipos de razones o de argumentos que se dan en el ámbito jurídico, por un lado, los argumentos fundados en los derechos individuales: el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, etc. Por otro lado, los argumentos basados en lo que él llama objetivos sociales colectivos, como por ejemplo un argumento basado en la defensa, en la seguridad pública, en la necesidad de aumento o no de la población, etc. ¿Cuál es la diferencia entre argumentos basados en derechos y los argumentos basados en políticas o en objetivos sociales colectivos? (NIÑO, Carlos S. La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, N.º 4, Septiembre-diciembre 1989. PP.79-88. P. 82-83)

⁶³³Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõem. (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 136)

⁶³⁴En síntesis: por una parte, la debilitadora retirada y prescindente comportamiento del Estado no obstante ser (debe ser) el motor clave de los equilibrios sociales. Por la otra, la Justicia ejerce o reconduce programas de gobierno, les da sentido, posibilidades, fijeza. Ahora los jueces y lo más trascendente la Corte Suprema ya no se limitan a definir o componer conflictos, controversias, casos. Su tarea, fundamentalmente la formativa y docente, ha subido a otro nivel de amplísimas direcciones y significación institucional. (MORELLO, Augusto M. **El Derecho y Nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 19)

⁶³⁵TARUFFO, Michele. **Sobre las Fronteras**. Escritos sobre la Justicia Civil. Bogotá-Colombia: Editorial Temis, 2006. P 188.

Como há sido clarificado, a análise hermenêutica da decisão judicial, a escolha da norma aplicável e a determinação do seu significado, sucedem a conexão dialética entre a determinação dos fenômenos relevantes ao jurídico. A determinação dos fatos acontece na função da norma que o juiz considera aplicável e do significado que se atribui a norma. A subsunção do fato a norma é somente o resultado final do círculo hermenêutico. A partir dessa complexa atividade de análise do fato e da norma é que o juiz cria o significado concreto na norma que servirá para determinar e fundamentar a decisão final.⁶³⁶

el papel de la función judicial equivale a redimensionar el papel del Estado. es preciso devolverle su función de cauce racional de la actividad social; hacerle ofrecer al individuo una garantía mínima, nunca exhaustiva, de sus derechos; apártale de toda pretensión de monopolizar lo político, porque despolitizar a la sociedad equivale a aniquilarla. Sólo reconduciendo lo político y lo social (a la superación ética de la insolidaridad) cabrá reconciliar lo público y lo privado. Cuando lo político lo monopoliza el Estado, tiende a considerar la actividad social como interés privado particularista e ilegítimo; a la vez invita a que la sociedad considere lo público como lo estatal, enfocando como una ajena prestación de servicios y asumiendo al respecto una actitud estérilmente reivindicativa. El individuo ha de entender lo público como actividad social (ni privada ni estatal), y responsabilizarse de la participación que ella le exige; el Estado ha de renunciar a monopolizar lo público (estatalizándolo) y a considerar la actividad social como un intrusismo perturbador, para aspirar a encauzarla sin disminuir su potencialidad. Reconciliar lo público y lo privado equivale a reconstruir el Estado, convirtiéndolo en instrumento de la sociedad.⁶³⁷

As decisões tomadas em especial pelas Cortes Constitucionais⁶³⁸ têm um efeito altamente criativo/construtivo que se incidem através da hermenêutica e da interpretação

⁶³⁶Como lo ha iluminado con especial claridad el análisis hermenéutico de la decisión judicial, la escogencia de la norma aplicable y la determinación de su significado sucede en directa conexión dialéctica con la determinación de los hechos jurídicamente importantes; por otra parte, esta determinación de los hechos acaece en función de la norma que el juez considera aplicable y del significado que asigne a la norma. Lo que se acostumbra llamar de subsunción del hecho en la norma, o correspondencia entre hecho e norma, es solamente el resultado final de un especial círculo hermenéutico que conecta dialécticamente el hecho calificado jurídicamente y la norma interpretada con referencia al caso al cual ella es concretamente aplicada. Lo que interesa aquí de manera especial es que en esta compleja actividad de construcción de la relación norma-hecho, y de determinación del significado concreto de la norma referible al caso particular, el juez no está regido por reglas ni mecanismos vinculantes. Por el contrario, él emplea reglas y criterios de interpretación y formula valoraciones que son en amplia medida discrecionales. Por otra parte, es precisamente mediante esta complicada actividad de análisis del hecho y de la norma como el juez llega a crear el significado concreto de la norma que le sirve para determinar y para fundamentar la decisión final. (TARUFFO, Michele. **Sobre las Fronteras**. Escritos sobre la Justicia Civil. Bogotá-Colombia: Editorial Temis, 2006. P 179-180)

⁶³⁷OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positivism Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 165.

⁶³⁸Essas particularidades resultam das relações próximas da jurisdição constitucional com as funções da direção e configuração política. A jurisdição constitucional tem de decidir questões mais numerosas com toque político e de alcance político do que outras jurisdições. Suas próprias decisões podem desdobrar efeitos políticos de alcance considerável. Elas podem avizinhar-se de uma decisão política, tanto mais que elas regularmente podem ser obtidas não sobre a base de normalizações detalhadas, senão somente com base nos critérios amplos e indeterminados da Constituição. A realização dessas decisões, finalmente, está sujeita a condições completamente diferentes do que aquelas de outras decisões judiciais. (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998. P. 420-421)

criativa-constructiva do direito, de caráter essencialmente político e estas, além de apresentar criação de *ex novo*, regulam também os demais órgãos que compõe o Estado⁶³⁹.⁶⁴⁰

As tendências tradicionais consistem em, de um lado considerar que a atuação política do juiz assemelha-se a um juiz-engenheiro social ou distribuidora de riqueza. Em última análise, de acordo com esta primeira orientação, o judiciário é estreito em uma alternativa: ser reduzido à articulação interna do poder ou constituir-se, como contra-poder. Uma redefinição dessa concepção, de outro lado, levando ainda em consideração o ativismo judicial considera que é indiscutível hoje que até o juiz acaba por desempenhar uma atividade política: mas o mal-entendido é na crença de que as funções atribuídas ao juiz são - sem limitações - intercambiáveis com as pessoas confiadas a outros órgãos, pois a política exercida pelo judiciário tende a ser diferente daquela do legislativo e do executivo: há problemas organizacionais e justiça distributiva em que há necessidade de tomada de decisão, que não pode ser confiada ao juiz. Nesse sentido é o domínio da razoabilidade, da opinião, da persuasão: este é o campo de jurisdição do juiz (do campo de responsabilidade ao da informação, da proteção do meio ambiente à dos direitos humanos).⁶⁴¹

⁶³⁹Orbene, è proprio questo l'effetto della preposizione politica: anzi, ben può dirsi che essa rappresenti un efficace strumento per rafforzare la possibilità —di cui si è detto in precedenza— di individuare un caso concreto quale esempio di un criterio generale di condotta, senza la necessità di “ulteriori direttive”. Nominare un interprete ‘di fiducia’ ovvero un interprete che in qualsiasi momento può essere rimosso dal suo ufficio ne condiziona l’attività ermeneutica, prevenendo il rischio che, tra più significati che possono essere conferiti ad un termine generale, ne venga scelto uno non rientrante nell’‘accordo interpretativo’ posto dal proponente e che, all’atto di applicare la norma e di stabilire se un caso concreto vi rientri o meno, si dia rilevanza a circostanze anch’esse estranee al medesimo ‘accordo’. Più precisamente, l’effetto precipuo della dipendenza politica di un interprete consiste nell’impedirgli di partecipare all’‘accordo interpretativo’ sul quale si basano le norme che deve applicare: non solo è piuttosto improbabile che l’individuazione di “casi normali” diversi rispetto a quelli oggetto dell’‘accordo’ del proponente, ma qualsiasi tentativo di modificarlo equivale ad un dissenso cui il proponente ben può rimediare con la rimozione del preposto stesso. Si badi che la dipendenza politica di un interprete lo esclude, per così dire, dalla ‘gestione’ dell’‘accordo’ attraverso cui il proponente ha inteso i termini generali e con il quale individuare i “casi familiari”, ma non costituisce un criterio di individuazione degli stessi che si ponga accanto ed oltre l’‘accordo’ stesso, soprattutto, poi, se si accarezza l’idea di risolvere definitivamente grazie ad essa i problemi di ambiguità e vaghezza del linguaggio normativo. (BISOGNI, Giovanni. Dipendenza Politica e Teoria Dell’interpretazione Giuridica. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). **Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 402)

⁶⁴⁰As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. [...] Os juizes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles propõem a tomar. [...] As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política. (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 137-138)

⁶⁴¹I limiti della presente indagine impediscono di approfondire le cause delle ambiguità e delle contraddizioni evidenziate. La soluzione dei problemi appare comunque, complessa, perché investe non soltanto profili fi tecnica legislativa, ma, anche e soprattutto, aspetti culturali. Tale situazione sollecita la ma magistratura a ricercare la sua identità e, proprio nella fase ricostruttiva, si coglie l’intimo disagio dei nostri giudici i cui orientamenti possono essere ricondotti a due situazioni limite: a) La prima linea di tendenza non mette in discussione che il rapporto tra giudice e cittadino resta nella logica del potere: fra governanti e governati. Magistratura ed istituzioni politiche

O árbitro é o juiz clássico que compõe a decisão segundo o direito individual applicando a vontade da lei á *fattispecie*⁶⁴² litigiosa.⁶⁴³ O nascimento do estado social, nos anos setenta, é acompanhado da figura do que chama François Ost de “juiz-coach”, que além de ser um homem da lei, é também um engenheiro social.⁶⁴⁴ Porém, já não mais vivemos em um Estado

assolvono attribuzioni sostanzialmente omogenee: i problemi possono essere fatti indifferentemente scivolare dall'una alle altre e viceversa. Anche il giudice, nonostante la sua neutralità, finisce per svolgere una funzione sostanzialmente politica, nel quadro del sistema complessivo. Rifiutato il modello del giudice-funzionario, la magistratura sembra allora attratta da quello del giudice-ingegnere sociale, oppure distributore di ricchezze. In definitiva, secondo questo primo orientamento, la magistratura è stretta in un'alternativa: essere ridotta ad *articolazione interna del potere* oppure costituirsi, essa stessa, come *contropotere*. b) Una ridefinizione dei rapporti fra politica e magistratura rappresenta invece la premessa – secondo una diversa linea ricostruttiva – per uscire dall'impasse a cui conduce il precedente orientamento. Non è oggi contestabile che anche il giudice finisca per svolgere un'attività politica: ma l'equivoco è nella convinzione che le funzioni attribuite al giudice siano – senza determinazioni di limite – interscambiabili con quelle affidate ad altri organi. Al giudice compete un tipo di politica, che è costitutivamente diverso da quello proprio del potere legislativo ed esecutivo. L'esperienza giuridica è. Infatti, pluralistica: vi sono problemi organizzativi e di giustizia distributiva in cui occorre una volontà decisionale, che non può essere affidata al giudice. Per questi problemi la responsabilità politica stricto sensu, la procedura legislativa e il procedimento amministrativo offrono accettabili limiti di razionalità. Vi è, poi, una sfera in cui il diritto ci appare manifestazione di una razionalità pratica, sociale, pubblica. È il dominio della ragionevolezza, dell'opinione, della persuasione: questo, è il campo di competenza del giudice (dal settore della responsabilità a quello dell'informazione, dalla tutela dell'ambiente a quella dei diritti umani). Se il giudice pretendesse di fare *politica* nel senso del potere legislativo e di *amministrare* nel senso del potere amministrativo, otterrebbe effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l'abbandono di ogni ruolo politico proprio del giuridiche. Se questi pretendesse, poi, di divenire distributore di beni e di ricchezze, finirebbe alla lunga per perdere la fiducia dei cittadini. Per quanto nobili fossero i suoi scopi, la sua decisione non sarebbe più una sentenza, ma un atto di amministrazione. La dilatazione della supplenza della magistratura si risolverebbe in una anarchia istituzionale con inaccettabili situazioni conflittuali. L'allentamento della soggezione del giudice nei confronti della legge non sembra, dunque, potersi spingere al di là di certi limiti, oltre i quali se avrebbe una corte di uomini politici che impongono una politica, e non una corte di giudici che amministrano la giustizia. In quest'ottica sembra possibile prefigurare un assetto in cui in linea di massima, allo *Stati-apparato* rimangono i compiti di direzione politica e di gestione amministrativa della collettività nazionale. (PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **La Responsabilità del Giudice**. Milano: Giuffrè Editore, 1995.P.243-245)

⁶⁴²Ahora podemos volvernos a lo que ya hemos descubierto a propósito de la ley. La ley representa la *consecutio necessaria* de dos hechos: el hombre que nació debe morir; el nacimiento y la muerte. He aquí los dos hechos. Pero *representar* es hacer que el hecho *esté presente*; y no puede estar presente lo que no puede abarcarse con una mirada; presente, pues, no es más que la *species*; el género, por el contrario, se desarrolla desde el pasado en el futuro. Es por eso por lo que la ley, para cumplir su tarea, debe *comprimir el hecho en una especie*. ¿Se comprende ahora por qué la ciencia moderna del derecho convierte el binomio latino *species facti* en única palabra: *factispecies*? En el idioma corriente puede traducirse esta palabra por el *hecho en cuestión*; todavía así se pierde la fineza de su significación, que concierne a la reducción del género en especie: el hecho, para representarse, se comprime hasta que llega a ser una cosa (CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948. P. 48)

⁶⁴³ L'arbitro è il giudice classico, che, secondo la definizione canonica «compone in decisione, secondo diritto, le controversie che coinvolgono i diritti individuali applicando la volontà della legge alla fattispecie litigiosa». Come l'arbitro sportivo sul campo, segnala i falli senza preoccuparsi della qualità del giocatore o dell'esito della partita. La legge conforma la sua azione e conferisce al suo ragionamento un connotato deduttivo o sillogistico. Adito dalle parti, che, almeno in ambito civile, conservano la gestione del processo in base al principio dispositivo, il giudice si limita ad un atteggiamento piuttosto passivo e diviene custode prudente della separazione dei poteri. Il giudice che coltiva la sua neutralità e la sua azione nell'ambito della legalità è in perfetta sintonia con l'ideologia dello Stato liberale classico che si esprime nella vita sociale dove la maggior parte dell'iniziativa è lasciata agli attori privati. (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.°3-4/2013. Pp.701-727. P. 701-702)

⁶⁴⁴La nascita dello Stato sociale, il cui stadio più acuto si può individuare a metà degli anni settanta, è stato accompagnato dalla figura del giudice-coach. Oltre ad essere un uomo di legge egli è anche un ingegnere sociale. Il giudice-coach si occupa della gestione degli interessi minacciati, guidato dalle politiche proprie dello Stato sociale e che quest'ultimo adotta in tutti i settori della vita sociale, economica e culturale. Decide ancora, come il

amplamente social e de bem estar, mas sim em um Estado marcado em sua estrutura por um modelo de Estado Ativo-Responsivo – que recebe a passagem da Jurisdição ao Processo. O juiz muda novamente seu método, afastando-se do dedutivismo⁶⁴⁵ e centrando-se no indutivismo pelo bojo da compreensão hermenêutica (diferente daquele apego ao direito como mera aplicação) buscando equilibrar os interesses. Já não se resolve os casos com base em uma lei ou com base em uma política social, de modo que a decisão judicial é marcada pela adaptabilidade histórico-temporal.⁶⁴⁶

De tudo isso, resta apresentar a relação do Ativismo Judicial com dois grandes eixos da Ciência Jurídica em que vem a relacionar-se paradoxalmente tanto com a Teoria do Direito quanto com a Teoria do Estado. Nesse sentido, o Judiciário por meio de seus agentes: juízes e tribunais cria normas individualizadas, apartando-se da ideia clássica de norma geral e abstrata: a Lei elaborada pelo Legislativo. Note-se que a Teoria do Estado, Teoria do Direito e Direito Processual se relacionam e se complementam: *“ovvero che la nuova cultura giudiziaria sia connotata da uno spostamento dai valori dell’obbedienza a quelli della collaborazione.”*⁶⁴⁷

Por fim, vale destacar que o Ativismo Judicial introduz uma dimensão substancial diferente do velho paradigma do Estado legislativo de Direito.⁶⁴⁸

suo predecessore, all’ombra del codice, ma svolge allo stesso tempo molti altri compiti. Nella fase pre-contenziosa, egli consiglia, orienta, avvisa, nella fase post-contenziosa, il giudice-coach segue gli sviluppi della pratica, adatta le sue decisioni alle circostanze e alle esigenze, e controlla l’esecuzione delle sentenze. È interessato soprattutto alla qualità e all’esito della vicenda più che al rispetto del diritto per il diritto. Con il giudice-coach l’attenzione si sposta dalla maestosità dei codici alla realtà delle pratiche; il ragionamento diventa induttivo e pragmatico, allo stesso tempo si fa più attenzione all’efficienza pratica più che alla coerenza logica (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º 3-4/2013. Pp.701-727. P. 701-702)

⁶⁴⁵ O mundo como evidência é a herança do pensamento Cartesiano, o qual, por Descartes, atuou pela investigação científica e pela demonstração empírica atuou na busca de uma maior democratização na produção do conhecimento. Essa evidência acaba sendo manifestada por descrições positivistas. Bacon é quem traz uma importante contribuição ao racionalismo, na tarefa de orientação empírica da ciência. Bacon tentou, a partir da simples observação e processamento de dados empíricos pode obter um conhecimento necessário e seguro da realidade, e já não se trata de um conhecimento dedutivo, vazio em si mesmo, senão indutivo: a partir de enumerações incompletas se chega, pela generalização, a formulação de preposições de caráter universal do tipo “o fenômeno A é causa de B”. (ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho**. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. P.14)

⁶⁴⁶Lo Stato di oggi è oramai 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, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727.P. 703)

⁶⁴⁷OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P. 704.

⁶⁴⁸FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008. P. 66.

Resta evidente que a política e o direito são temas altamente relevantes, os quais determinam a configuração dos Poderes, sendo relevante para a ressignificação da Jurisdição pelo Processo. O fenômeno de centralidade política, que primeiramente voltou-se ao Estado-Legislator, retira da sociedade civil o seu caráter político. Com isso a Lei é a manifestação política da representação, efeito este apresentado com a separação dos poderes. Em um segundo momento, a representação política disléxica do Legislador é efetuada junto ao Estado-Juiz, pois este, sob influências das mais diversas, vem a ser o centro da politização do direito: seu ato decisório representa a política e faz alvorecer a divisão dos poderes e o fenômeno impulsionador de sua politização, o Ativismo Judicial. Em um terceiro momento, com a democracia, que subjetiviza o ser, cresce a necessidade e legitimidade de participação, momento no qual o Processo passa a se tornar a politização da existência. Muito maior espaço o cidadão tem no processo do que as fragmentações e determinações afiguradas nos Poderes Estatais. Encontra o cidadão ativo espaço junto ao Processo para apresentar o fenômeno conflitual, que em seu âmago representa anseios do ser político, não determinado somente e subsuntivamente pelo dever ser da Lei.

4 - Do Redimensionamento da Jurisdição com o modelo de Estado Ativo-Responsivo⁶⁴⁹: a fusão entre função jurisdicional (*auctoritas*) e administração da justiça (*potestas*)⁶⁵⁰

A Jurisdição em um modelo de Estado Ativo-Responsivo opera uma relevante fusão entre função jurisdicional (*auctoritas*) e a administração da justiça (*potestas*)⁶⁵¹, dando especial atenção à administração da justiça como impulsora da Democracia Participativa no Processo Civil. A administração da justiça redimensiona a função judicial e estrutura da Jurisdição pela legitimidade da governança processual das partes, limitadora das decisões calcadas em mera filosofia da consciência ou apregoadas à Lei e delimitadas em uma estática que não vem a acompanhar a dinâmica existencial.

O presente estudo compreende necessário considerar uma mescla entre o Estado Ativo e o Estado Responsivo, unindo a estes a concepção de direito Responsivo, que seriam as teorias

⁶⁴⁹El Estado no es creación artificiosa, sino institución natural que los hombres tienden a reconocer. Las raíces ontológicas del Estado se encuentran enterradas en la dimensión social del hombre. Una filosofía del Estado presupone una filosofía del hombre. Si a la sociedad llega el hombre por las necesidades de la naturaleza humana, al Estado llega la sociedad por imperativos de su modo de ser. (VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado**: fundamentos de filosofía política. México: Trilla, 2002. P. 22)

⁶⁵⁰Em el marco de la constitución política resulta de singular interés el concepto romano de *auctoritas*, pues tal concepto, a diferencia del de poder en sus manifestaciones de imperium o potestas, constituye un característico genuinamente romano. La presencia en la mentalidad romana desde tiempos remotos de este concepto sustancialmente opuesto al poder, aunque complementario del mismo, que se proyecta en todos los ámbitos de la vida social y política, será el fundamento de una teoría política que al menos hasta la época imperial descansará sobre el dualismo esencial autoridad-potestad. Para descubrir el origen del binomio autoridad-potestad habría que remontarse a la época anterior a la Ley de las XII Tablas. Escasas son las fuentes de conocimiento de la época predeceñal, que se remonta a los oscuros confines de la época histórica; las informaciones que disponemos son indirectas y proceden básicamente de la tradición literaria analista e historiográfica, representada principalmente por Tito Livio, Tácito, Cicerón y Dionisio de Halicarnaso, así como de la recopilación de las llamadas *leges regiae* o *ius Papirianum* transmitidas por la tradición jurisprudencial. Todas ellas están, sin embargo, imbuidas de un sentimiento nacionalista cuando no aristocratizante o de partidismo político; gozando, por ello, de una fiabilidad tan sólo relativa. A pesar de todo, dichas informaciones, unidas al conocimiento más seguro del desarrollo experimentado por las instituciones jurídico-políticas romanas, nos permiten extraer algunas conjeturas en torno a la idea de *auctoritas*, cuya antigüedad no es otra que la de la propia civilización romana. El espíritu político romano comenzará a forjarse en el ámbito de las relaciones vitales de los grupos humanos que inicialmente constituyeron el sustrato social de Roma. El sinecismo de la población protorromana, de las aldeas ubicadas en los promontorios próximos al Tíber, llegaría a producirse por diversas razones coyunturales de oportunidad económica, religiosa, de defensa frente a otros grupos y de aseguramiento de su propia viabilidad o continuidad futura. El primer tipo de organización político-social que conocerá el asentamiento protorromano será el gentilicio. El protagonismo corresponderá en esta organización precívica a las gentes. Posteriormente, tendrá lugar un proceso de disolución de la organización gentilicia y el tránsito a la *civitas* (= *universitas civium*), de modo similar a *Xúpolis* griega, momento incipiente de muchas de las instituciones romanas y también de la idea de *auctoritas*. El proceso de consolidación de la *civitas* tendrá como punto culminante la Ley de las XII Tablas. (MORA, Javier Casinos. El Dualismo Autoridad-Potestad como fundamento de la Organización y del pensamiento Políticos de Roma. **Polis Revista de Ideas y Formas Políticas de la Antigüedad Clásica** n.º11, 1999, Pp. 85-109. P. 85-87)

⁶⁵¹La ciencia del derecho o Jurisprudencia, como expresión de autoridad, no tiene por sí misma carácter volitivo, sino simplemente intelectual, pero puede adquirir aquel carácter cuando se recoge en una declaración imperativa de la potestad como regla oficialmente impuesta a los jueces. Esta declaración imperativa de la potestad se llama Ley. La Jurisprudencia y la ley son dos fuentes del derecho. La Jurisprudencia es una fuente de autoridad y la Ley, de potestad, pero no hay que olvidar que el contenido jurídico de la misma ley procede de la Jurisprudencia. (D'ORS, Alvaro. **Uma Introciccion al Estudio del Derecho**. Madrid: Ediciones Rialp, 1979. P. 51)

que propõe um tipo de direito que vai mais além do direito formal (autônomo); isto é, que vai em direção do direito formal, rematerializando-o sem cair em um instrumentalismo. No direito responsivo, o juiz não é um instrumento passivo do sistema legal, mas sim é colaborador junto às partes.⁶⁵²

Essa fusão entre *auctoritas* e *potestas* acaba propiciando uma ressignificação no tocante à jurisdição, cuja impulsão foi o ativismo judicial, que se centrava no protagonismo judicial e teve como manifestação relevante a juridicização da existência, porém, frente a um modelo de Estado Ativo-Responsivo, ocorre uma profunda despolitização da Jurisdição que acaba politizando o Processo eficazmente.

No tocante a *auctoritas* dimensionada na função jurisdicional, ela desvela-se com a compreensão hermenêutica no tocante a dinamicidade processual hodierna e ultrapassa a figura de um Estado-Juiz delimitado pela aplicação da lei em uma atividade de *ius dicere* e ao fenômeno conflitual como mera dualidade, precisando ser visto o fenômeno conflitual como um fenômeno policêntrico. Essa operação voltada a hermenêutica na decisão acosta-se na fundamentação judicial da decisão, desapegando-se da motivação no campo dedutivo da Ciência e aportando em novos horizontes possibilitadores de gênese do direito pela atividade jurisdicional garantida pela governança processual das partes, manifestando a jurisdição como *ius facere*.

Já a *potestas*, tida no passado como mero *ius dicere*, em um acerto atual com o modelo de Estado Ativo-Responsivo, centra a *potestas* da administração da justiça em uma colaboração reativa junto ao processo, diferente do passado, quando era centrada no *ius dicere*, vinculando a atividade do Estado-Juiz ao Estado-Legislator. Importante relevar que a *potestas* constituída por cidadãos ativos em uma governança processual das partes é efeito gerado pela Constitucionalização do Direito e pela Democratização da Democracia.

Essa relevante fusão entre *auctoritas* (função jurisdicional) e a *potestas* (administração da justiça) em um modelo de Estado Ativo-Responsivo acaba superando o protagonismo

⁶⁵²Por mi parte, creo que podríamos definir «responsivas» todas aquellas teorías que proponen un tipo de derecho que vaya más allá del derecho formal (o autónomo), esto es, que vaya en dirección a su rematerialización sin caer en forma alguna de instrumentalismo jurídico y prestando mucha atención al valor de las garantías formales ofrecidas por las instituciones. Sobre la función del juez según Nonet y Selznick, compáres e L. J. Wintgens, «Roberto's Crusade», en *Rechtstheorie*: «According to these scholars, a judge is not the passive instrument in a legal system of preestablished rules and principles, Instead, he actively collaborates in the installement of social and political goals in an environment of political pluralism. This attitude compels judges to a permanent arbitration between concurring values and politics as a target of social change. The judge's task, in their opinion, consists of more than preserving the coherence of the legal system, without radically smashing the legal context that defines, in the end, his own function.» (TORRE, Massimo La. *Derecho y Conceptos de Derecho: Tendencias Evolutivas desde una Perspectiva Europea*. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n.º 16, 1993. Pp.67-93.P. 87-90)

judicial e o ostracismo legal pela pujante necessidade dos fenômenos conflituais serem legitimados como gênese formativa do direito, pois aproximam-se dos casos-problemas manifestados como metáforas vivas que se gramatizam via Processual⁶⁵³.

A reconfiguração e a ressignificação das funções e estruturas da Jurisdição desvelam-se em uma Onda Renovatória da Ciência Processual, possibilitando uma dinâmica processual próxima dos fenômenos existenciais. A Ciência Processual hodierna vem a impactar diretamente nas teorias do direito, ainda no que toca a rígida cisão entre questões de fato e de direito, ultrapassando com a compreensão hermenêutica essa cisão que tanto fez o direito não se aderir à existência.

A definição de Estado Ativo-Responsivo⁶⁵⁴ se dá em um modelo de Estado vincado na reestruturação das instituições voltadas à Democracia Participativa, portanto, as decisões

⁶⁵³Una metáfora ¿es una obra en miniatura? Una obra, digamos un poema, ¿puede ser considerada como una metáfora sostenida o extendida? La respuesta a esta primera pregunta exige una elaboración previa de las propiedades generales del discurso, si es verdad que texto y metáfora, obra y palabra, caen bajo la misma categoría, la del discurso. No elaboraremos en detalle el concepto de discurso; limitaremos nuestro análisis a los rasgos que son necesarios para la comparación entre texto y metáfora. Es destacable que todos estos rasgos se presenten en forma de paradojas, es decir, de contradicciones aparentes. [...] Pero hablar de propiedades de cosas (o de objetos) que no han sido aún significadas es admitir que la nueva significación emergente se extrae de la nada, al menos en el caso del lenguaje (la propiedad es una implicación de cosas y no una implicación de palabras). Decir que una metáfora nueva es extraída de la nada es reconocerla por lo que ella es, a saber, una creación momentánea del lenguaje, una innovación semántica que no tiene estatuto, ni a título de designación, ni a título de connotación en el lenguaje ya establecido. Se podría preguntar cómo podemos hablar de innovación semántica, de acontecimiento semántico, como de una significación susceptible de ser identificada y reidentificada (éste era en efecto el primer criterio del discurso enunciado más arriba). Una sola respuesta es posible: hay que tomar el punto de vista del auditor o del lector, y tratar la novedad de significación emergente como la contrapartida, de parte del autor, de una construcción por parte del lector. Entonces, el proceso de explicación es el único acceso al proceso de creación. Si no tomamos este camino, no nos desembarzamos verdaderamente de la teoría de la sustitución; en lugar de sustituir la expresión metafórica por una significación literal restituida por paráfrasis, sustituimos el sistema de connotaciones y de lugares comunes. Esta tarea debe quedar como una tarea preparatoria que permite vincular la crítica literaria con la psicología y con la sociología. Pero el momento decisivo de la explicación es el de la construcción del conjunto de interacciones que hace de este contexto un contexto actual y único. Habiendo hecho esto, dirigimos la mirada hacia el acontecimiento semántico que se produce en el punto de intersección entre varios campos semánticos. Esta construcción es el medio por el cual todas las palabras tomadas en conjunto adquieren sentido. Entonces, y sólo entonces, la "torsión metafórica" es a la vez un acontecimiento y una significación, un acontecimiento signifiante, una significación emergente en el lenguaje. Este es el rasgo fundamental de la explicación que hace de la metáfora un paradigma para la explicación de una obra literaria. Construimos la significación de un texto de una manera semejante a aquella por la cual producimos sentido con todos los términos de un enunciado metafórico. (RICCOEUR, Paul. **Hermenéutica y Acción**. De la Hermenéutica del Texto a la Hermenéutica de la Acción. Ensayos de Hermenéutica II. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. P. 41 e 48-49)

⁶⁵⁴Max Weber desarrolla la idea de "tipos de autoridades" y sugiere que la diversidad de las relaciones de poder pueden explicar diferencias importantes entre los sistemas legales, incluyendo la administración de justicia. Por otro lado, Mirjan Damaska se concentra en analizar la forma en que el proceso puede verse marcado por **dos tipos contrastantes de Estado**, uno con inclinación manifiesta a gestionar la sociedad (Estado de bienestar - activista) y otro, con la sola disposición de proporcionar un marco para la interacción social (Estado *laissez faire* - reactivo). En este contexto, se analizan distintas variables que van caracterizando tanto el derecho como la administración de justicia en ambos tipos de Estado, de las cuales –finalmente– se extraen los principios estructurales fundamentales sobre los cuales se levantan los "edificios procesales" de cada uno. **En el caso del Estado activista, el proceso sirve como una herramienta de realización o implementación de su política, y para el caso del Estado reactivo, el proceso es un mecanismo de resolución de conflictos o disputas.** Mientras en el primero,

ultrapassam os limites “ceranos” do privado. Isso porque muito ampliou-se as tutelas de interesses individuais com a Constitucionalização do Direito e essas tutelas devem ser protegidas e, por consequência, expressam o cenário público: este fenômeno para o Poder Judiciário pode ser visto como politização do direito em suas decisões.

O modelo de Estado Ativo-Responsivo ganha amplitude com a Constitucionalização do Direito, esse fenômeno junto a democratização da democracia, centrando assim ao cidadão ativo, essa centralidade em uma colaboração reativa revela-se com a normatividade que passou a ser ampliada via interpretação dos direitos subjetivos – lei – e das situações jurídicas subjetivas, a existência politiza-se “[...] *permite que los individuos sean soberanos en el manejo de sus propios asuntos. Transportada a la administración de justicia, esta soberanía precisa que una parte sea reconocida como maestra del litigio.*”⁶⁵⁵

la disputa no pasa de ser un pretexto que permite encontrar la mejor solución para un problema social (puesto en conocimiento de las autoridades a raíz de un conflicto entre las partes), en el segundo, la característica fundamental es el desapego del Estado en la forma en que los contendientes gestionan su contienda judicial, y donde los jueces se limitan a presidir la disputa e intervenir en forma mínima en ella. En correlación con el tema de la prueba, que a su vez es un sub sistema dentro del Sistema de la Tutela Jurisdiccional, Michelle Taruffo en la perspectiva de Damaska, habla de “sistemas centrados en las partes” y “sistemas centrados en los tribunales”, dependiendo que la presentación de las pruebas se realice principalmente o en forma exclusiva por las partes o por el Juez. Antoine Garapon y Loannis Papadupulos proponen la búsqueda de la cultura judicial de un pueblo en dos direcciones, por un lado como un modo de producción de la verdad y, de la otra, como una adecuación de la política, que sería a la postre las variables que definirían el sistema procesal; “no es, entonces, ni consultando las obras de filosofía ni examinando el derecho positivo que descubriremos la cultura jurídica, sino restableciendo su relación con lo político”, esto con relación a lo propuesto por Damaska quien explica las diferencias de procedimiento entre la tradición inquisitiva y la acusatoria, oponiendo el modelo jerárquico al modelo coordinado como reflejo de la oposición entre la democracia y el liberalismo. Sin embargo, sobre esta aproximación, parecería necesario “complementarla con una aproximación cultural que no se detenga en las reglas, sino que, además, vaya a la manera en que éstas son recibidas por cada pueblo. Es, por tanto, en la relación de cada pueblo con la regla de derecho y, recíprocamente, en la posición del derecho frente a lo real y a los individuos que forman ese pueblo”, a lo que se denomina “cultura judicial”. Sin embargo, intentar descifrar una cultura judicial es una tarea harto complicada con el riesgo de caer en la caricaturización o apología, por ello no se puede centrar el análisis en los sujetos, en la historia, en la identidad o en la profundidad. Más que permitir una concepción inmóvil es preferible sobreponer la relación a la subjetividad, la actualidad a la historia, la mundialización a la identidad, la idea de curva a la de profundidad. “La cultura judicial es un fenómeno total, título que será explicable a partir de una explicación económica (el mercado del derecho), histórica (la creación del Estado de Derecho), lingüística y hasta geopolítica”, la cultura judicial más que el producto de todo eso, es una fuerza que impulsa a la unidad, a la coherencia en la cual la historia ejerce un peso determinante pero no puede explicar todo. Identificar las fuerzas motrices que dan a cada cultura su dinamismo obliga a salirse del derecho. (BENAVENTE, Omar Sumaria. **Sistemas Procesales: El sistema de la tutela Jurisdiccional y la Relación con el Sistema Político. Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, Perú, vol.3, n.º 1, Pp 1-20, 2009. P. 13)

⁶⁵⁵En el proceso judicial del Estado reactivo, las decisiones se justifican más en términos de la justicia de los procedimientos empleados que en lo acertado de los resultados obtenidos. En contraste, las reglas y reglamentaciones procesales en el *Estado Activista* ocupan una posición mucho menos importante e independiente: el proceso es básicamente la donde alla del derecho substantivo. Si el propósito del proceso judicial es llevar a cabo la política estatal en casos contingentes, las decisiones se legitiman en primer lugar en cuanto a los resultados correctos que incorporan. Un procedimiento correcto es aquel que aumenta la probabilidad -o maximiza la posibilidad- de alcanzar un resultado substantivo acertado, más que otro que haga efectivas las nociones de justicia o proteja algún valor substantivo colateral. En este sentido, *entonces, el derecho procesal del Estado activista sigue al derecho substantivo tan fielmente como una sombra. Y en la medida en que el propio derecho substantivo siga fielmente una política de Estado; el derecho procesal es doblemente instrumental, o doblemente derivativo: como el arte en la visión de Plotino, puede compararse con la sombra de una sombra. No se debe entender, no*

No tocante à Jurisdição, ao aderir no Processo os efeitos do Estado Ativo-Responsivo, supera-se os slogans do revisionismo, socialização e publicização do Processo, pois estes slogans operam aos modelos de Processo o Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Busca-se romper com o Estado liberal onde o direito pertencia somente a uns, pulverizando, desta forma, o direito a todos, ocorrendo, por este fenômeno, um desenvolvimento de uma base de Estado Ativo-Responsivo, efeito de politização da existência, impulsionou essa pulverização o rompimento do direito elitizado, na atualidade essa pulverização impôs-se com a juridicização da vida e com a ampliação interpretativa de direitos *contradogmaticamente*, superando o legalismo exegético.⁶⁵⁶

A Jurisdição, permeada por ampla legitimidade democrática, como visto no ponto 2.1 adquiriu poderes que ultrapassaram os limites da rígida e inflexível separação dos poderes, um rigoroso sistema ao qual os órgãos estatais não poderiam um interferir nas atividades típicas uns dos outros. Fruto desses acontecimentos, ocorre uma acentuação da centralidade e da

obstante, que queremos decir que la exactitud de los resultados justifica cualquier procedimiento empleado para alcanzar ese resultado. Incluso en Estados enteramente activistas, algunas reglas procesales son de naturaleza dual, en el sentido de que no respetarlas no sólo altera un orden procesal interno, sino sugiere asimismo que se ha violado una política substantiva. (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado.** Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago del Chile: Editorial Jurídica del Chile, 2006. P. 255-256)

⁶⁵⁶Com efeito, o papel do direito na sociedade é comumente considerado do ponto de vista da sua função predominante, que sempre foi aquela, mais passiva que ativa, de proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes. Não há dúvida de que a técnica das sanções negativas é a mais adequada para desenvolver esta função, a qual é, ao mesmo tempo, protetora em relação aos atos conformes do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores - e, portanto, a sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional - , surge, paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica da repressão, um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos. Contudo, a partir do momento em que, devido às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores - e, portanto, a sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional - , surge, paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica da repressão, um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos. (BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função:** Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P.24-25)

⁶⁵⁶Mas, no que ao processo diz respeito, a justificação é ainda outra: superada a visão de um modelo de juiz desinteressado e neutro perante a causa que lhe cabe decidir e aceitando hoje que *os poderes processuais do juiz, ativos na busca dos fatos e diretores na tramitação procedimental, implicam o abandono de uma posição passiva e distanciada, então assentemos também, a contra-vapor, que estas regras deontológicas adquirem novos protagonismos, não servindo apenas para regular a relação do juiz com os outros órgão de poder do Estado mas, sobretudo, com todos aqueles intervenientes processuais que com ele interagem.* Daí que, uma vez consagrada esta nova dimensão da tarefa de julgar – que atribua a quem decide a verdadeira direção do processo -, tais regras devam recentrar-se nesta exigências ética do juiz num comprometimento perante as partes, que representam a face visível do exercício da cidadania. Finalmente, como fio-de-prumo cotejador de prestação do serviço de justiça, a medida-padrão radicar-se-á necessariamente na satisfação final do direito dos cidadãos a uma justiça de qualidade; pensada racionalmente com barômetros objetiváveis mas vivida, em cada decisão, com paixão e sentimento. e repressiva em relação aos atos desviantes. (MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 167-168)

verticabilidade hierárquica do judiciário no que concerne a jurisdição constitucional através do controle de constitucionalidade difuso e concentro, efeito do pós-segunda guerra que refletiu em governos ditatoriais fazendo nascer Constituições democráticas.

Em um Estado Ativo-Responsivo as funções são delegadas: na Jurisdição, *pela administração da justiça*, entre as partes (juiz e litigantes), que devem respeito e colaboração reativa processual para o desvelamento do fenômeno, forma-se e desenvolve-se o processo.⁶⁵⁷ Daí a relevância de reestruturação da Jurisdição para que venha esta determinar as possibilidades do Processo como vocação de nossos tempos.

A jurisdição é ressignificada pelo processo através da administração da justiça, responsável por centrar o processo em uma *potestas* que ganha ampla dimensão com os cidadãos ativos, soberanos do processo. Os contextos e o texto operam junto a formação e desenvolvimento da compreensão hermenêutica a qual exerce a *auctoritas*, nesse sentido. A

⁶⁵⁷Comentada a tendência reativa, e mesmo hostil, que se detecta no nosso ordenamento jurídico a estas novas formas de gestão e de organização, adota-se uma atitude de mudança, procurando definir ferramentas operativas que agilizem a marcha do processo, induzidas pela cultura do case e court management. Enquadrada essa proposta a partir dos conceitos de imediação, calendarização, conciliação e espeditividade, entende-se que a relação do juiz com a secretaria judicial deve ser modificada a partir de uma ampla delegação de poderes. (MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 172)

função jurisdicional ultrapassa a visão de um fenômeno conflitual dual, ele policentrista-se, o Processo não deve ser considerado um centro conflitual dual-adversarial.^{658, 659, 660, 661}

A resignificação da Jurisdição com sua reestruturação e na correlação entre a função jurisdicional e a administração da justiça pode ser tida como uma onda renovatória da Ciência

⁶⁵⁸Ver PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013. 329 p. Tesis Doctoral.

⁶⁵⁹O conflito dual como aponta Pulga, tem a representatividade do que demarca Cruet, que conflito é a “luta judiciária é a forma normal da luta pelo triunfo dos nossos direitos legais.” CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938. P. 207.

⁶⁶⁰Los procedimientos concebidos como un litigio entre dos partes adversas ante un juez neutral, generan presiones estructurales favorables a la parte que gana la disputa en el tribunal. El juez de conflictos, por tanto, queda en una posición similar a la del moderador de una sociedad de debates, quien, indiferente al tema que se discute, se concentra desapasionadamente en la exhibición de habilidades forenses. Los juicios tienden a ser justificados procesalmente, esto es, por la victoria en el litigio forense. En este contexto adquiere gran importancia observar las reglas que regulen la argumentación. El derecho procesal, tanto el prefabricado por el Estado como el creado ad hoc por los litigantes, adquiere su propia integridad e independencia frente al derecho sustantivo. Pero sin importar cuán fuerte sea la presión ejercida por el diseño del litigio, el juez no tiene más ataduras fuertes que las creadas por la tensión sobre la legitimación procesal del veredicto. La administración de justicia no puede estar completamente separada de las nociones sustantivas de rectitud y error, o completamente asociada con un juego, o las actividades de una sociedad de debate. Por lo tanto, surgen serios problemas en cuanto aparece ante el juez que el resultado que refleja la visión que prevalecía en el litigio no coincide con un resultado apropiado por sus méritos; el juez más experto no necesariamente representa la posición más coherente con la mejor lectura del derecho sustantivo. El juez confronta ahora voces discordantes tanto procesales como sustantivas: no puede honrar a Artemisa sin menospreciar a Afrodita. Aunque, sea renuente a desatender lo que para él aparece recto de acuerdo con los méritos, no puede abandonar la perspectiva procesal: si el veredicto va contra el aparente ganador del litigio, el proceso estructurado como competición no ha servido a sus propios principios. No sólo queda afectado negativamente el carácter de los incentivos de la competición; más ominoso aún, se ensombrece la imparcialidad del juez: parecería que hubiese tomado partido por el perdedor. Los procesos de resolución de conflictos se caracterizan por tanto, por la variedad de mecanismos procesales diseñados tanto para prevenir que surjan tales dilemas o, si es necesario, para resolverlos sin socavar la integridad de los procesos organizados en torno al motivo de litigio. Un ejemplo del primer tipo de mecanismos es el requisito estricto de que toda la información de la disputa debe ser presentada ante el juez en presencia de los litigantes, y este será el tema inmediato de los alegatos, antes de que se cubra de polvo. Cuando no hay fuentes de información independientes de la parte en litigio, se minimizan las oportunidades de que dispone el juez para llegar a una visión distinta de la sostenida por el ganador del alegato. Más adelante en este capítulo, mientras sondeo la posición ideal del juez, veremos qué características del modelo puro pueden ser atribuidas al requerimiento de que toda la información sea “filtrada” a través del litigio de las partes. (...) Un camino posible para que se desarrollen estas mezclas de formas reactivas o activistas se da cuando un Estado, hasta aquí fuertemente comprometido con un ideal de gobierno limitado, adquiere un apetito creciente por intervenir en las circunstancias de la vida social. Se debe esperar una disonancia o tensión entre el procedimiento legal concebido como competición controlada privadamente y los nuevos objetivos del proceso judicial. Cada vez más, la dominación heredada de las partes privadas sobre la acción procesal y la insistencia tradicional en la controversia como requisito previo para un juicio chocará con el creciente deseo del Estado de poner en práctica sus propias políticas a través del proceso judicial. *Las formas de competición, las formas adecuadas a la justicia en el Estado reactivo, comenzarán a retroceder o erosionarse en aquellas esferas donde se adoptan posturas activistas.* (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal**. Santiago del Chile: Editorial Jurídica del Chile, 2006. P. 176-177 e 160-163)

⁶⁶¹O caráter litigioso e adversarial do direito responsivo estadunidense é um reflexo da relativa falta de responsividade de um sistema paralisado pela estrutura politicamente fragmentada do governo e por uma cultura política profundamente desconfiada do *big government* e do poder centralizado. [...] Assim, na tentativa de tornar realidade os ideais do direito responsivo, o litígio, os direitos individuais fundamentais e o ativismo judicial são os substitutos estadunidenses ao estilo administrativo europeu de Estado regulador e provincial. (NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 33)

Processual com a figura de um Estado-Juiz visto também como Engenheiro Social⁶⁶², para isso relevante é a abertura da *potestas*, aderindo ao processo a governança processual das partes. O protagonismo judicial não se centraliza no juiz, mas sim as partes, isso impulsiona uma ressignificação do princípio dispositivo e do princípio contraditório, abrindo ao Estado-Juiz novos horizontes, superando a aplicação do direito pela compreensão hermenêutica no tocante a sua função jurisdicional.⁶⁶³

Muitas teorias e construções da filosofia política contemporânea centram a criação do direito pela atividade política do juiz, pois é corriqueiro decisões de cunho político ideológico, manifestando colateralmente a decisão como política pública: entretanto, é rompida essa centralidade política da decisão na Jurisdição em uma centralidade política no Processo. O processo Civil ampliado pela democracia participativa em uma cidadania ativa exige decisões de um juiz ativo e responsivo e de uma politização da vida aderida pela juridicização da vida, tem como efeito a dinamização do processo, que em um primeiro momento não tem um protagonista central, mas sim uma governança processual das partes em um equilíbrio de sua liberdade e igualdade processuais.

Em um segundo momento, impulsiona-se uma formação e desenvolvimento processual aderente da politização da vida pela democracia participativa já que o direito subjetivo acaba pela interpretação normativa ganhando um fluxo dinâmico entre texto e contexto, dando vida a existência de novas complexidades existenciais. Em um terceiro momento, exige-se uma decisão judicial dotada de uma compreensão hermenêutica, gerando assim o fenômeno conflitual uma fecunda gênese do direito: o Processo passa a ser com a reconfiguração da Jurisdição a vocação dos nossos tempos.

Não pode o Poder Judiciário ser reduzido à articulação interna do Poder ou constituir-se, como contra-poder. Uma redefinição dessa concepção, de outro lado, levando ainda em

⁶⁶²La nascita dello Stato sociale, il cui stadio più acuto si può individuare a metà degli anni settanta, è stato accompagnato dalla figura del giudice-coach. Oltre ad essere un uomo di legge egli è anche un ingegnere sociale. Il giudice-coach si occupa della gestione degli interessi minacciati, guidato dalle politiche proprie dello Stato sociale e che quest'ultimo adotta in tutti i settori della vita sociale, economica e culturale. Decide ancora, come il suo predecessore, all'ombra del codice, ma svolge allo stesso tempo molti altri compiti. Nella fase pre-contenziosa, egli consiglia, orienta, avvisa, nella fase post-contenziosa, il giudice-coach segue gli sviluppi della pratica, adatta le sue decisioni alle circostanze e alle esigenze, e controlla l'esecuzione delle sentenze. È interessato soprattutto alla qualità e all'esito della vicenda più che al rispetto del diritto per il diritto. Con il giudice-coach l'attenzione si sposta dalla maestosità dei codici alla realtà delle pratiche; il ragionamento diventa induttivo e pragmatico, allo stesso tempo si fa più attenzione all'efficienza pratica più che alla coerenza logica. (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727.P. 701-702)

⁶⁶³[...]corresponde al juez, cada vez con mayor frecuencia, hacer aquello de lo que el legislador no es capaz, es decir, atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos. Ya no es la preexistencia de un derecho sustancial determinado lo que abre la vía de acceso a la jurisdicción, sino la existencia de una situación en la que un interés relevante merece ser tutelado en sede judicial. (RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 19, 2007, Pp. 1-19. P. 22-25)

consideração o ativismo judicial considera que é indiscutível que (também) *o juiz desempenhe atividade política*: mas o mal-entendido é na crença de que as funções atribuídas ao juiz são - sem limitações - intercambiáveis com as pessoas confiadas a outros órgãos, pois a política exercida pelo judiciário tende a ser diferente daquela do legislativo e do executivo: há problemas organizacionais e justiça distributiva em que há necessidade de tomada de decisão, que não pode ser confiada ao juiz. Nesse sentido é o domínio da razoabilidade, da opinião, da persuasão: este é o campo de jurisdição do juiz (do campo de responsabilidade ao da informação, da proteção do meio ambiente à dos direitos humanos).⁶⁶⁴

Os sistema da *common law* e da *civil law*⁶⁶⁵ no que toca à política e ao direito, sendo que o primeiro sistema expressa o sistema adversarial para a composição do direito, e assim aproxima o direito e a política⁶⁶⁶; de outro modo, o segundo estaria baseado estritamente no

⁶⁶⁴I limiti della presente indagine impediscono di approfondire le cause delle ambiguità e delle contraddizioni evidenziate. La soluzione dei problemi appare comunque, complessa, perché investe non soltanto profili di tecnica legislativa, ma, anche e soprattutto, aspetti culturali. Tale situazione sollecita la magistratura a ricercare la sua identità e, proprio nella fase ricostruttiva, si coglie l'intimo disagio dei nostri giudici i cui orientamenti possono essere ricondotti a due situazioni limite: *a)* La prima linea di tendenza non mette in discussione che il rapporto tra giudice e cittadino resta nella logica del potere: fra governanti e governati. Magistratura ed istituzioni politiche assolvono attribuzioni sostanzialmente omogenee: i problemi possono essere fatti indifferentemente scivolare dall'una alle altre e viceversa. Anche il giudice, nonostante la sua neutralità, finisce per svolgere una funzione sostanzialmente politica, nel quadro del sistema complessivo. Rifiutato il modello del giudice-funziario, la magistratura sembra allora attratta da quello del giudice-ingegnere sociale, oppure distributore di ricchezze. In definitiva, secondo questo primo orientamento, la magistratura è stretta in un'alternativa: essere ridotta ad *articolazione interna del potere* oppure costituirsi, essa stessa, come *contropotere*. *b)* Una ridefinizione dei rapporti fra politica e magistratura rappresenta invece la premessa – secondo una diversa linea ricostruttiva – per uscire dall'impasse a cui conduce il precedente orientamento. Non è oggi contestabile che anche il giudice finisca per svolgere un'attività politica: ma l'equivoco è nella convinzione che le funzioni attribuite al giudice siano – senza determinazioni di limite – interscambiabili con quelle affidate ad altri organi. Al giudice compete un tipo di politica, che è costitutivamente diverso da quello proprio del potere legislativo ed esecutivo. L'esperienza giuridica è. Infatti, pluralistica: vi sono problemi organizzativi e di giustizia distributiva in cui occorre una volontà decisionale, che non può essere affidata al giudice. Per questi problemi la responsabilità politica stricto sensu, la procedura legislativa e il procedimento amministrativo offrono accettabili limiti di razionalità. Vi è, poi, una sfera in cui il diritto ci appare manifestazione di una razionalità pratica, sociale, pubblica. È il dominio della ragionevolezza, dell'opinione, della persuasione: questo, è il campo di competenza del giudice (dal settore della responsabilità a quello dell'informazione, dalla tutela dell'ambiente a quella dei diritti umani). Se il giudice pretendesse di fare *politica* nel senso del potere legislativo e di *amministrare* nel senso del potere amministrativo, otterrebbe effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l'abbandono di ogni ruolo politico proprio del giuridiche. Se questi pretendesse, poi, di divenire distributore di beni e di ricchezze, finirebbe alla lunga per perdere la fiducia dei cittadini. Per quanto nobili fossero i suoi scopi, la sua decisione non sarebbe più una sentenza, ma un atto di amministrazione. La dilatazione della supplenza della magistratura si risolverebbe in una anarchia istituzionale con inaccettabili situazioni conflittuali. L'allentamento della soggezione del giudice nei confronti della legge non sembra, dunque, potersi spingere al di là di certi limiti, oltre i quali se avrebbe una corte di uomini politici che impongono una politica, e non una corte di giudici che amministrano la giustizia. In quest'ottica sembra possibile prefigurare un assetto in cui in linea di massima, allo *Stati-apparato* rimangono i compiti di direzione politica e di gestione amministrativa della collettività nazionale. (PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **La Responsabilità del Giudice**. Milano: Giuffrè Editore, 1995. P. 243-245)

⁶⁶⁵Assim, encontraremos a diferença entre sistemas de common law, em que o juiz participa abertamente do processo de criação do direito, e sistema de civil law, em que apenas as falhas do texto oferecem possibilidade. (DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Pontes, 2004. P. 74)

⁶⁶⁶Profundamente diverso, também sob o perfil da divisão entre justiça e política, é o sistema contraposto da formulação judicial do direito, ou sistema do caso por caso. Aqui, assim como não existem no processo de

princípio da legalidade, reduzindo o jurista a um observador da lei e contrapondo a justiça com a política.^{667,668,669} Os sistemas, não de hoje, buscam sempre retirar um do outro possibilidades que lhes sejam úteis, um vem a influenciar sobre o outro no passar dos tempos.

formulação do direito duas etapas distintas (criação da lei e sua aplicação), também não existe a metade do caminho entre a política e a sentença, o filtro dos órgãos legislativos. Aqui, neste sistema, a política desemboca diretamente contra o juiz e investe contra e com suas ondas, sem que exista para ele amparo (quase diria o quebra-mar) da lei que defenda das tempestades. Neste segundo sistema, a diagnose política, em lugar de fazer-se antecipadamente por classes, deve ser feita para cada caso que se apresenta. Aqui o juiz não deve ser um técnico perito no modo de interpretar as leis, ou seja um jurista, mas sim deve ser exclusivamente um político, que se sinta capaz, cada vez que se lhe apresenta um caso, ainda o mais insignificante, de julgar, de realiar aquela árdua síntese que lhe é indispensável para destilar da grande política a pequena gota de direito necessária para decidir a lide. Aqui não é necessário que o juiz se fatigue em estudar as leis, porque as leis não existem: é necessário somente, que em qualquer evento, mesmo que se trata de julgar sobre reivindicação de uma galinha, esteja pronto (como se diz) para interrogar a história. (CALAMANDREI, Piero. **Estudos de Direito Processual na Itália**. Campinas: LZN Editora, 2003. P. 79-80)

⁶⁶⁷*Os juristas são, pois, os auxiliares fiéis e insubstituíveis da legalidade*; a distinção entre a atividade política e a atividade jurídica, no entanto, é possível desde que exista no ordenamento constitucional do Estado uma distinção entre o momento legislativo e o momento jurisdicional do direito. Aqueles que falaram contra a mentalidade áspere e conservadora dos juristas, na verdade erram na mira, porque o verdadeiro alvo contra o qual eles querem atirar é o sistema de legalidade; desejam um Estado no qual não existam leis e no qual, em lugar delas, se instaure, como ocorreu na Rússia nos primeiros tempos do experimento comunistas, o sistema do direito livre, da justiça do caso singular. Em um sistema semelhante, direito e política seriam uno, e não somente no plano filosófico, não haveria campo para a técnica jurídica porque não haveria necessidade de juristas [...] *No sistema de formação das leis*, este trabalho de *diagnose política*, pelo qual se canalizam aos fins da civilização as forças da história, cabe exclusivamente ao legislador. Não importam sua nomenclatura, nem como são constituídos, os órgãos encarregados de formular as leis atuam como alavanca para as forças políticas sobre as quais nasce o direito; são eles, os órgãos legislativos, os filtros que o ordenamento do Estado prepara para decantar das confusas e discordes aspirações do ius condendum certeza positiva do ius conditum. De sorte que, uma vez que o direito tenha saído da forja do legislador, coado nas fórmulas das leis, esfria-se e se consolida, e o juiz deve aplicá-lo tal como está formulado, sem poder começar de novo por sua conta aquele trabalho de diagnose política, que foi realizado para sempre, de uma vez por todas, pelo legislador. Esta é pois, na prática, a distribuição de trabalho que distingue este sistema chamado da formação legislativa do direito ou, mas brevemente, sistema da legalidade. Todos os fatores políticos devem ser levado à valoração dos órgãos competentes pela criação das leis, e não aos juizes, a quem compete somente aplicá-las tal como são. Neste sentido está vigente, no sistema da legalidade, a separação entre justiça e política; porque ao juiz (e em geral ao jurista não lhe corresponde discutir a vontade política das leis; corresponde-lhe somente, como juiz e como jurista, observá-las e fazê-las observar. [...] *Profundamente diverso, também sob o perfil da divisão entre justiça e política*, é o sistema contraposto da formulação judicial do direito, ou sistema do caso por caso. Aqui, assim como não existem no processo de formulação do direito duas etapas distintas (criação da lei e sua aplicação), também não existe a metade do caminho entre a política e a sentença, o filtro dos órgãos legislativos. Aqui, neste sistema, a política desemboca diretamente contra o juiz e investe contra e com suas ondas, sem que exista para ele amparo (quase diria o quebra-mar) da lei que defenda das tempestades. Neste segundo sistema, a diagnose política, em lugar de fazer-se antecipadamente por classes, deve ser feita para cada caso que se apresenta. Aqui o juiz não deve ser um técnico perito no modo de interpretar as leis, ou seja um jurista, mas sim deve ser exclusivamente um político, que se sinta capaz, cada vez que se lhe apresenta um caso, ainda o mais insignificante, de julgar, de realiar aquela árdua síntese que lhe é indispensável para destilar da grande política a pequena gota de direito necessária para decidir a lide. Aqui não é necessário que o juiz se fatigue em estudar as leis, porque as leis não existem: é necessário somente, que em qualquer evento, mesmo que se trata de julgar sobre reivindicação de uma galinha, esteja pronto (como se diz) para interrogar a história. (CALAMANDREI, Piero. **Estudos de Direito Processual na Itália**. Campinas: LZN Editora, 2003. P. 77-80)

⁶⁶⁸Explica Nonet e Sleznick que o Direito centrou-se na divisão de direito e política, assim reduzindo o poder a coerção, muito distinto do que se propõe, pois essa centralidade política é aderida a vida, o homem é um sujeito político, isso vem a romper com a política balizada na representação democrática que autorizava ao Estado-Legislador determinarem o que viria a ser o Direito como Lei. Ver nesse sentido: NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 42 e segs; e 104 e segs.

⁶⁶⁹Uma sociedade, logo que chegada à concepção clara e distinta do direito, esforça-se por fazer pairar a lei em uma região inacessível ao juiz, estranha à sua competência: o legislador, monarca absoluto ou assembleia

Ma questa contrapposizione tra *giustizia e politica*, che è necessaria nel sistema della legalità, sparisce nel sistema del diritto libero; se nel sistema della formulazione legale il giudice deve essere soltranto un giurista, cioè un *interprete fedele del diritto* già fissato in formule dal legislatore, nel sistema della formulazione giudiziaria *il giudice deve per forza essere un politico: perchè, non trovando dinanzi a sé la gui delle leggi precostituite, è costretto a cercar per suo conto i criteri di decisione nel tentar caso per caso quella diagnosi delle forze sociali nel sistema della legalità à fata per classi dal legislatore.*⁶⁷⁰ (g.n)

*A politização da vida*⁶⁷¹, não tida as polarizações ideológicas e distanciadas da representação em uma arquitetura de democracia representativa, é superada pela democratização da democracia e pela textura aberta da normativa Constitucional, respeitando os contextos sobre uma notável sobreposição dos textos. O caso-problema, tido como fenômeno conflitual alcança o poder judiciário com a juridicização da vida, sendo altamente relevante essa transformação para um modelo Ativo-Responsivo. Neste modelo de Estado, não há diferenciação entre formação do direito, podendo qualquer um dos órgãos estatais efetivarem direitos, tutelas de direitos, e o Poder Judiciário passa a aderir a sua centralidade o *ius facere* com e reestruturação da Jurisdição com a *auctoritas*.

Nesse novo contexto a transição da separação para a divisão de poderes é inevitável o aumento do protagonismo do Poder Judiciário, eis que passa a exercer atividades que, até então, eram consideradas atípicas ao referido poder. Diante dessa releitura democrática (democracia representativa/participativa), ocorre um perceptível alargamento de competências, momento em que o Judiciário passa a interferir na decisão dos demais órgãos, o fazendo na condição (eis que legitimado constitucionalmente) de regulador das atividades dos demais poderes constituídos. Esse protagonismo jurisdicional é redimensionado à governança das partes junto ao Processo.

O Direito Público, voltado à epistemologia constitucional, faz com que o direito através da jurisdição, em um primeiro momento, seja alcançado pelo acesso à justiça como um

soberana, não quer então repartir com pessoa alguma o direito de modificar a lei por medida geral, nem o de a violar por medida individual. Mas esta negação da jurisprudencia como força activa da evolução do direito tem sempre e por toda a parte recebido o desmentido ruidoso dos factos; esta tendencia racional para reduzir o juiz a uma função puramente automatica, ape-sar da infinita diversidade dos casos submetidos ao seu diagnostico, tem sempre e por toda a par-te sossobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial. O juiz, esse «ente inanimado», de que falava Montesquieu, tem sido na realidade ã alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as formulas caducas do direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um phenomeno constante, podia dizer-se unta lei natural da evo-lução jurídica: nascido da jurisprudencia, o di-reito vive pela jurisprudencia, e é pela juris prudencia que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação imovel. (CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938. P. 26-27)

⁶⁷⁰CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 70.

⁶⁷¹Ver: ARENDT, Hannah. **Entre Passado e Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016. P. 20-21 e 388-389.

fenômeno mundial que acabou fortalecendo o processo. Nos tempos hodiernos, – pós abertura das portas dos Tribunais –, passa-se à discussão sobre, justamente, *no que* concerne o objeto do debate processual frente a Constituição, pois esta adquire uma relevância interpretativa e hermenêutica, retornando-se a discussões sobre a ampliação do campo de atuação dos juízes na sociedade. A Constituição propicia uma amplitude interpretativa muito mais significativas do que proposto no Estado Moderno, o que se deve aos sentidos possibilitados pelas cartas materiais que gestam, nelas, democracias não apenas formais, mas também substanciais. Esses novos sentidos (mudança institucional) propiciam maior proteção de direitos em benefício dos cidadãos, tornando-os ativos em busca de conquistas políticas em uma jurisdição que só será possível, nesse novo modelo democrático, através do processo (ativo), sendo este procedimento a base da Tese.

Essa relação entre *auctoritas* e *potestas* do Poder Judiciário sofre uma fusão, pois, antes cingida, e com isso dimensionava a *potestas* a mera aplicação legal do direito pelo Estado-Juiz em *ius dicere* e a formação da lei como direito era dimensionado ao Estado-Legislator. Já com as transformações do Estado, passando a um modelo de Estado Ativo-Responsivo, exige-se que todos os órgãos estatais respondam efetivamente aos reclames existenciais em uma ampla gama de tutelas de direitos. A *auctoritas* passa a ser aderida amplamente a Jurisdição, introjetada ela é na função jurisdicional e, no tocante a administração, a *potestas* é transposta da vinculação do juiz a lei a dimensão de uma *potestas* voltada a governança processual das partes no Processo⁶⁷².

Concentra com o modelo de Estado Ativo-Responsivo o *ius facere* no tocante a função jurisdicional que é absorvida pela *auctoritas*. Isso representa que o Estado-Juiz opere em sua

⁶⁷²A verdade é que o juiz não é um mecanismo, não é uma máquina calculadora. É um homem vivo, e aquela função de especificar a lei e de aplica-la no caso concreto – que, *in vitro*, pode-se representar como um silogismo – é, em realidade, uma operação de síntese, que se realiza a quente, misteriosamente, em um cadinho fechado pelo espírito, onde a meditação e a soldagem entre lei abstrata e o fato concreto necessitam, para complementarem-se, da intuição e do sentimento ardente de uma consciência laboriosa. Em suma, o sistema da legalidade e, em geral, a teoria normativa do direito, é um esquema didático, útil para os juízes. Mas esta composição lógica da sentença se assemelha às análises dos químicos, que, mesmo quando conseguiram individualizar todas as substancias elementares que compõe um organismo vivo, não foram bem-sucedidos, no entanto, em enclausurar em uma fórmula aquela centrla que, pela misteriosa combinação destes elementos, resultou a própria vida. Por outra parte, também no sistema da legalidade são as próprias leis que, às vezes oferecem ao juiz o caminho para fazer passar o sentimento nas rígidas fórmulas ditadas pela razão. É a lei que, frequentemente, dá ao juiz o poder de decidir segundo a equidade, segundo as circunstancias, com apreciação equitativa das circunstancias do caso. Na técnica legislativa, adotam-se, com frequência, aquelas expressões tradicionais de significado genérico e variável (boa-fé, diligencia normal, diligencia do bom pai de família), que são chamadas imaginariamente de os órgãos respiratórios ou válvulas de segurança do sistema jurídico, porque, através delas, o juiz, dando, caso a caso, a estas frases elásticas um conteúdo concreto, consegue fazer penetrar nas leis mortas o ar vivificador das exigências sociais em perpétuo movimento evolutivo. Mas, ainda sem acudir a estes conscientes expedientes técnicos, os quais o mesmo legislador faz com que no interior do direito racionalizado entre o oxigênio do irracional, necessita persuadir-se que cada interpretação é uma recriação, e que, em cada interpretação, a inspiração individual é decisiva. (CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 47-48)

decisão a compreensão hermenêutica do fenômeno conflitual, podendo servir de gênese do direito, e com isso manifesta-se junto a fundamentação da decisão, pois a governança processual das partes em uma *potestas* partilhada acaba influenciando no desvelamento do fenômeno.

Um aspecto do direito responsivo – aquele que a cultura jurídica do mundo contemporâneo absorveu mais integralmente – é seu compromisso com um estilo de raciocínio jurídico que ultrapassa o mero respeito à regra, e que busca alicerçar o direito e as decisões jurídicas em suas consequências individuais e sociais. O aspecto mais ambicioso do direito responsivo, porém, imagina domar parcialmente a política recorrendo a participação legalmente estruturada e à consideração madura sobre o direito e a política pública, sob a orientação da pesquisa social racional e de valores jurídicos. Para institucionalizar essa concepção ambiciosa, talvez seja necessário um grau considerável de consenso sobre quais valores e quais demandas deveriam receber prioridade, além de instituições políticas e jurídicas dotadas de suficiente autoridade para fazer com que as decisões tenham continuidade. Esses objetivos são ambíguos numa sociedade pluralista e politicamente aberta.⁶⁷³

Essa governança ativa das partes no processo, acaba se tendo um comprometimento amplo com os ideais de governo o que acaba oportunizando gênese do direito com vistas a compreensão hermenêutica do fenômeno conflitual, a dialética e o diálogo formam uma dinâmica processual relevante para que se determine a função jurisdicional⁶⁷⁴. Portanto, nesse modelo de Estado Ativo-Responsivo assume o Poder Judiciário não só a resolução de conflitos, mas também a efetivação de políticas e das garantidas constitucionais do direito e a criação do direito - *ius facere* –, operando assim a compreensão hermenêutica. O centro político passa da Jurisdição ao Processo: a democracia participativa assegura essa centralidade democrática no Processo por uma dinâmica processual que observa como relevante os fenômenos conflituais manifestados ao Processo, ultrapassa-se a visão de Estado Reativo constituída por indivíduos

⁶⁷³NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 34-35.

⁶⁷⁴Mas, no que ao processo diz respeito, a justificação é ainda outra: superada a visão de um modelo de juiz desinteressado e neutro perante a causa que lhe cabe decidir e aceitando hoje que os poderes processuais do juiz, ativos na busca dos fatos e diretores na tramitação procedimental, implicam o abandono de uma posição passiva e distanciada, então assentemos também, a contra-vapor, que estas regras deontológicas adquirem novos protagonismos, não servindo apenas para regular a relação do juiz com os outros órgãos de poder do Estado mas, sobretudo, com todos aqueles intervenientes processuais que com ele interagem. Daí que, uma vez consagrada esta nova dimensão da tarefa de julgar – que atribua a quem decide a verdadeira direção do processo –, tais regras devam recentrar-se nestas exigências éticas do juiz num comprometimento perante as partes, que representam a face visível do exercício da cidadania. Finalmente, como fio-de-prumo cotejador de prestação do serviço de justiça, a medida-padrão radicar-se-á necessariamente na satisfação final do direito dos cidadãos a uma justiça de qualidade; pensada racionalmente com barômetros objetiváveis mas vivida, em cada decisão, com paixão e sentimento. (MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 167-168)

(hipersubjetivação dos direitos)⁶⁷⁵ que aguardavam as decisões apregoadas ao - *ius dicere* – operando a aplicação dedutiva do direito como Lei.

Nesse sentido, a mudança de paradigmas, como notório, tem transcorrido em uma conjuntura onde a democracia, incapaz de legitimar os pleitos emergentes das maiorias silenciadas. O resultado dessa falta, tem contribuído para que, com a epistemologia Constitucional, essas maiorias, por ensaio e erro, terem descoberto o judiciário como uma nova arena da política, procurando nele atendimento de muitas de suas expectativas por direitos.⁶⁷⁶

Tanto na existência de decisão judicial – função jurisdicional – como na de somente administração da justiça, temos jurisdição nos dois casos: “[...] *lo Estado las há instituído no para poder de manifesto la quiebra de su justicia sino para llenar mejor su cometido de realizar esta justici; precisamente para dar a los ciudaddos una justicia más rápida y más en consonância com las imperiosas exigências de los tempos nuevos.*”⁶⁷⁷

Pode-se dizer que se, de um lado, a função judicial é ampliada a partir da pluralidade da carga dos fenômenos postos à jurisdição, concomitantemente, a administração da justiça apresenta mais opções para o desvelamento dos fenômenos, levando-se em consideração as circunstâncias do caso. Essa tendência é manifestação da jurisdição moderna, que abre amplo espaço ao processo, mas que também reconhece a possibilidade de as partes consentirem quanto à autocomposição. Tão somente no caso em que as partes estiverem em desacordo e somente dentro dos limites desse desacordo, é necessária, na fase de conclamação, o trabalho do juiz. Agora é muito fácil entender como, nessas categorias de controvérsia, em que a função jurisdicional possui o pressuposto necessário da existência de um conflito de interesses entre as partes, o princípio do dispositivo e o contratatório, ambos constitucionalizados passam ser importantes junto ao império da governança processual das partes.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵La jurisdicción se concibe como garantía dirigida al aseguramiento y a la actuación de los derechos que el ordenamiento atribuye y reconoce a cada sujeto. Esta concepción es perfectamente viable desarrollarla en un Estado Social de Derecho, superando la aplicación de ideologías liberistas que la conciben como función dirigida a la realización de la libre confrontación de partes individuales, fundada en los valores del libre mercado y la libre iniciativa privada. No puede ser justicia el producto de lo que se obtiene en el proceso que inserte la referida confrontación de partes individuales. Por ende, la Jurisdicción no puede ser definida en términos de eliminación y superación del conflicto de intereses, sin interesar como se acaba la controversia, es decir, sin importar que resulte de cualquier modo eliminada. (RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 19, 2007, Pp. 1-19. P. 23)

⁶⁷⁶NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 8-9.

⁶⁷⁷Pero me parece que se puede llegar a comprender el significado constitucional de estas jurisdicciones especiales juzgadoras con poderes de amigables componedores aun sin apreciar em ellas n sintoma de abdicación del Estado de su función jurídica. Em efecto, yo creo que estos nuevos órganos de nuestro ordenamiento judicial son verdaderos y propias jurisdicciones. (CALAMANDREI, Piero. **Estudios Sobre El Proceso Civil**. Buenos Aires: editorial Biblioteca Argentina, 1945. P.64)

⁶⁷⁸Se, dunque, in tutti i casi ora considerati, invece di chiedere all'accordo delle loro volontà il conseguimento dell'effetto giuridico sperato, gli interessati preferiscono ricorrere al giudice per ottenenr allo stesso scopo una

Conclui-se que a politização da vida ganha espaço em um modelo de Estado Ativo-Responsivo, assertivo na construção de uma democracia participativa, o sistema normativo permeia-se de legitimidade democrática, que de um lado manifesta-se como a governança processual das partes no tocante ao construção e desenvolvimento do processo, podendo ser demarcada com a administração da justiça junto à *potestas*, e de outro modo por consequência da dinâmica processual desvelam as partes em um jogo dialético-dialogal o fenômeno conflitológico de interesses, que é centro decisório para a compreensão hermenêutica. Aqui atinge-se a legitimidade democrática processual basilando a função jurisdicional, ou seja, a *auctoritas*. Resulta dessa fusão de horizontes concentrada na Jurisdição uma ***legitimidade democrática processual***.

A Jurisdição projeção na construção de uma legitimidade processual, sendo ela horizonte de possibilidade na formação de uma gênese do direito pela via processual, reconhece pelo Processo novas tessituras contextuais em uma compreensão hermenêutica partilhada em uma dinamicidade processual.

sentenza (di accertamento, di condanna o costitutiva) ciò significa che in tutti questi casi gli interessati non sono riusciti a mettersi d'accordo intorno agli effetti giuridici da conseguire e che l'opera del giudice è necessaria qui per comporre secondo il diritto un conflitto di interessi regolato dal diritto. Intanto l'opera del giudice è richiesta e necessaria in quanti vi è una lite, cioè, come definisce questo concetto il Carnelutti, che ne fa una delle basi del suo sistema, di un conflitto di interessi regolato dal diritto. Intanto, l'opera del giudice è richiesta e necessaria, in quanto vi è una lite, su componimento della quale le parti non sono riuscite (come avrebbero legalmente potuto) a mettersi d'accordi stragiudizialmente esato è dunque, in questi casi (ma solo in questi, come si dirà), porre nella lite l'elemento sostanziale che serve a far riconoscere la funzione giurisdizionale: imperocché solo in quanto le parti siano in disaccordo e solo nei limiti di questo disaccordo, è richiesta nella fase di cognizione, l'opera del giudice. Si comprende ora assai facilmente come in queste categorie di controversia, nelle quali la funzione giurisdizionale ha per necessario presupposto la esistenza di un conflitto di interesse tra le parti, il principio dispositivo possa dare il suo massimo rendimento. (CALAMANDREI, PIERO. **Opere Giuridiche**. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1965. P.147-148)

4.1 - Da Ressignificação da Administração da Justiça (*potestas*)⁶⁷⁹: a democratização da democracia e a governança das partes

La titularidad del poder, ¿reside en quién lo ejerce o en todos (o muchos de) aquéllos que conforman la comunidad política? ⁶⁸⁰

A política, com o Estado Reativo, é reduzida ao *nada*; é o Estado Ativo-Responsivo que a resgata e a legitima pelo Processo, centrando a política no cidadão ativo⁶⁸¹, não mais na busca

⁶⁷⁹Para nosotros, el problema de la relatividad del concepto de jurisdicción está en íntima conexión a su consideración o no de *potestad* del Estado. (AROCA, Juan Montero. **Potestad, Órgano y Función Jurisdiccionales**. Disponible em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/643/30.pdf>>; Acceso em: 03/01/2018. P.2178-2179)

⁶⁸⁰COSTAÑO, Sergio Raúl. **Lecturas críticas sobre el Poder Político**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. P. 157.

⁶⁸¹Segue exemplo de democracia direita da Tribo Amba: El caso de los Amba es estudiado a partir del libro *Tribes without Rulers*, en el que seis autores contribuyen con estudios acerca de estirpes africanas sin organización política —en el sentido de organización política *centralizada*, aclara Dahrendorf—. Carecen tanto de un rey cuanto de administración o poder jurisdiccional comunes, y constituirían lo que Evans-Pritchard ha llamado “sistemas segmentarizados”, en los que el todo social se compone por lo general de un conjunto creciente de segmentos que se relacionan por la competencia, y no por una instancia de unidad. Este pueblo (“*Stamm*”: “estirpe”, “tribu”, lo llama Dahrendorf) —tratado por el etnólogo E. Winter—, compuesto por alrededor de 30 000 personas, se reparte en aldeas de entre 50 y 400 habitantes. Estas aldeas aparecen como las únicas unidades políticas reconocibles con cierta seguridad. La ciudadanía plena, en ellas, se origina en la descendencia masculina de un tronco común; a ellos se agregan otros miembros de la comunidad, “allegados” y “parientes lejanos”, a los que se reconocen ciertos derechos, como el de propiedad de la tierra. En el núcleo social fundamental, *v.gr.* el de hombres que comparten un mismo linaje, se observa una estratificación generacional de la cual surge una categoría de ancianos. Aunque sin resultar de allí la existencia de posiciones formales de poder, con todo recae en ellos en muchos casos una facultad (*Befugnis*) que bien podría denominarse facultad de mando (*Herrschaftsbefugnis*). En casos delicados, en particular de homicidio, los ancianos no deciden solos, sino que todos los hombres se reúnen en asamblea. El tribunal de la aldea, pues, reviste una configuración en que el respeto a los mayores se combina con elementos de democracia directa. La aldea viene a constituir una unidad política autónoma, pero su autarquía, dice Dahrendorf siguiendo a Winter, se resiente por el hecho de que la regulación matrimonial impone tomar esposa fuera del propio linaje. Es así como se establecen una multitud de relaciones entre las aldeas, cuyo signo oscila entre lo amistoso y lo hostil. Esas relaciones se hallan pautadas por ciertas reglas; con todo, no hay una instancia de decisión que vele por su cumplimiento. Tanto en el ejemplo de los Amba como en casos similares de sociedades sin poder central, observa Dahrendorf, es necesario analizar qué significa semejante “autorregulación” respecto de la tesis de la universalidad de la dominación. En primer lugar, aclara el sociólogo, ni los etnólogos citados —malgrado el título de su obra colectiva: *Tribes without Rulers*—, ni el propio Winter al tratar el caso particular de los Amba, pretenden que los pueblos estudiados carezcan de organización política. Por el contrario, estas “tribus sin señor” —lejos de avalar la tesis de un utópico estado de anarquía (*Herrschaftslosigkeit*)— reflejan una estructura política descentralizada, en la que la unidad viene dada por la participación de un sistema cultural común a través de valores vigentes y de una autocomprensión moral. Es cierto que, entre los Amba, ni siquiera en las poblaciones autónomas la estructura del poder se delinea claramente. Pero, con todo, sea cual fuere el grado de relieve de la estructura del poder, y las correspondientes consecuencias respecto del modo y del ejercicio de la dominación, la existencia misma del poder social —afirma Dahrendorf— no aparece puesta en tela de juicio por el ejemplo de la sociedad Amba. Así pues —y como primera conclusión—, debe decirse que estos casos provistos por la etnología son ejemplos no de un estado de anarquía, sino de un estado en el que la esfera de las vigencias culturales no coincide con la de la organización política. Ahora bien, con esa afirmación Dahrendorf sólo aclaró un primer aspecto de la cuestión que nos ocupa. En efecto, cabe preguntarse qué y cómo decide el poder, y, en relación con esto, qué y cómo se producen las normas y se ponen en vigor. [...] Así pues, y a tenor de los datos aportados por la investigación etnológica más relevante, los llamados “pueblos sin gobernante” (*Stämme ohne Herrscher*) de ninguna manera pueden ser considerados “pueblos sin gobierno” (*Stämme ohne Herrschaft*), y el hecho de que sus funciones gubernativas o legislativas revistan formas rudimentarias no debe llamar a engaño. Un poder social limitado, y reducido en lo fundamental a la acción jurisdiccional, es, todavía, *poder social*. (COSTAÑO, Sergio

de uma representação descolada do ser: daí a importância de redimensionar os poderes Estatais, apresentando como possibilidade a fusão de *auctoritas* e *potestas*.

O Poder Político é representado, em um primeiro momento, pelo Estado-Legislador e, em um segundo, pelo Estado-Juiz. Como efeito da hodiernidade a centralidade da política retorna ao cidadão, hoje um cidadão ativo frente à sociedade e as instituições. A sociedade acaba exigindo de suas instituições decisões ativas e responsivas por intermédio da compreensão hermenêutica, que se faz presente em um amplo diálogo-dialético entre cidadãos ativos.

O modelo de Estado proposto como ativo e responsivo atinge a natureza do ser político, pois é ele o que impulsiona o direito como adaptação existencial: fica clara a exigência de uma dinamicidade ao Processo Civil democrático, dimensionada em uma democracia participativa. O cidadão ativo exige para si a política, ou seja, a vida política. Essa ruptura da centralidade política é possibilidade pela Constitucionalização, efeito esse faz nascer uma centralidade política no processo, e com isso gênese do direito.^{682,683,684} Em um modelo de Estado Ativo-Responsivo, as instituições jurídicas são periodicamente estudadas e redesenhadas a fim de aperfeiçoar sua capacidade de atender as expectativas públicas.⁶⁸⁵

O processo hodierno sob efeito da constitucionalização normativa, acaba aderindo um *ethos* compartilhado de responsabilidades no tocante a governança processual das partes,

Raúl. **Lecturas críticas sobre el Poder Político**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. P. 192-195)

⁶⁸²A auto-transformação da sociedade diz respeito ao fazer social - e, portanto, também político no sentido profundo do termo - dos homens na sociedade e nada mais. O fazer pensante e o pensar político - o pensar da sociedade como se fazendo - é um componente essencial disso. (CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2007. P. 418)

⁶⁸³Por lo dicho, politicidad natural no significa, sin más, necesidad de la vida política. La comprobación — sesgadamente unilateral, por otra parte— de que la proximidad del otro puede implicar riesgos a la vida hace necesaria, para Hobbes, la existencia de la organización coactiva del Estado. [...] El hombre es un ser naturalmente político: por un lado, se ve impelido a la vida política; por otro, y más fundamentalmente aún, en la vida política alcanza su cota máxima de perfección intramundana. (COSTAÑO, Sergio Raúl. **Lecturas críticas sobre el Poder Político**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. P. 20-21)

⁶⁸⁴El poder judicial es el ámbito más fuertemente institucionalizado de una democracia. En los estudios politológicos se afirma insistentemente que un adecuado funcionamiento de la administración de justicia, como dimensión particular del estado de derecho, permitiría a un país asegurarse una democracia de calidad. (TOVAR, Carlos Moreira y Jesús. **Cinco tesis sobre justicia y democracia en América Latina**. Disponível em: <http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_29331.pdf>. Acessado em 04/01/2018.>. Acessado em: 30/01/2017)

⁶⁸⁵NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 34.

observando à boa-fé e lealdade processual.^{686,687} Derradeiramente, com isso, acaba se respeitando os direitos fundamentais e humanos, a dignidade da pessoa humana, o respeito à democracia que dão ao ser meios de assegurar que ele se confronte com o posto e busque um aprimoramento do debate democrático.⁶⁸⁸

A *potestas* proposta no trabalho é muito distinta da *potestas* aderida junto ao Estado Moderno^{689,690}, a qual dava poderes de coerção para o Juiz na estrita aplicação da Leis.⁶⁹¹ A proposta de *potestas* assenta em uma legitimidade democrática processual, afigurada nas funções ativas e responsivas das partes processuais, gerando assim a dimensão de um Processo

⁶⁸⁶En consecuencia, considerando que el principal problema que padece el Poder Judicial, es el de la morosidad o retardo procesal, la pasividad ante estas situaciones, por parte de los operadores del derecho, órganos involucrados en la administración de justicia, y, preponderantemente, el legislador, ocasionaría que la morosidad judicial sea aún mayor; con la producción de actos arbitrarios y abusivos. Contrariamente, la aplicación de un principio que éste destinado a evitar un alargamiento innecesario del proceso; ante la existencia de un contexto de desnaturalización del proceso por parte de los principales operadores jurídicos, como es la aplicación del Principio Jurídico de la Prohibición del Abuso Procesal, determina la prevención o cese de los daños procesales. (PEREDA, Víctor Raúl Espinoza. **La Prohibición del Abuso Procesal en el Proceso Civil Peruano**. Perú – Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Procesal. 159 p.)

⁶⁸⁷RIBEIRO, Darci Guimarães. O Sobre-princípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. **Revista Forense**, v. 381, Pp. 57-70, 2005.

⁶⁸⁸RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdiccional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 96.

⁶⁸⁹A jueces y magistrados se atribuye, pues, una potestad de derecho público, caracterizada por el imperium derivado de la soberanía, lo que los coloca en situación de superioridad, y ello respecto de todos. Hasta aquí en la atribución de potestad son iguales los diversos poderes constituidos por cuanto la noción genérica de potestad es válida para todos. Consecuentemente la potestad jurisdiccional es una potestad cualificada, de modo que partiendo de la noción general de potestad le añade algo a la misma para distinguirla de las demás. Se trata, pues, de establecer ahora qué es lo característico de la potestad jurisdiccional o jurisdicción. Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el concepto de jurisdicción no es absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino relativo, con relación a un pueblo y a un cierto momento histórico. (AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. P. 33-34)

⁶⁹⁰La potestad forma parte de los privilegios del Estado, o lo que es lo mismo, de sus prerrogativas, noción que acaso sea la que mejor expresa el régimen privilegiado del poder público, la potestad es poder público, el cual en nuestras actuales coordenadas histórico políticas, en manera alguna puede ser atribuido a los particulares en cuanto tales. De no ser así volveríamos al viejo e infame concepto y práctica de la patrimonialización del poder del Estado, cuando no a cosas peores. El Estado tiene acceso a privilegios, o si se quiere a prerrogativas, entre las que se cuentan las potestades, que en manera alguna puede compartir con los ciudadanos. Este carácter privilegiado de la actuación del Estado a través de sus distintos poderes, no tiene por qué constituir algo de por sí rechazable, ni antiliberal, ni mucho menos antidemocrático. El fin último del Estado es la defensa del interés general, y esto es precisamente lo que justifica y legitima el ejercicio de tan inmenso poder. Si tenemos en cuenta que el poder, en si mismo, restringe la libertad, tal situación sólo podrá ser aceptada socialmente si existe una funcionalidad del poder para con el interés general. Para entendernos, si los interdictos contra la Administración no estuvieran en principio prohibidos, difícilmente cabría construir una carretera con la celeridad que el interés público exige. Ciertamente es que caben y se dan abusos de los privilegios del Estado, pues algunas prerrogativas, como la regla solve et repete, no están en absoluto justificadas; pero ni de los abusos ni de la ilegitimidad de prerrogativas en concreto puede deducirse su no necesidad con carácter general, máxime cuando en el contexto de un Estado realmente democrático, cabe por principio una posibilidad efectiva de reacción contra el ejercicio injustificado del poder y los abusos en general. (SUÑÉ LLINÁS, Emilio. Reflexiones sobre la Potestad Jurisdiccional. **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**. n.º 1562, Pp.2116-2128, 1990. P. 2118)

⁶⁹¹ATTILI, Antonella. Summa Potestas: Status Moderno y Crisis del Poder Político. **Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial**, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, vol.2, n.º3, 2003, Pp.173-193. P. 188 e segs.

dinâmico voltado a uma decisão calcada na compreensão hermenêutica, dando pela colaboração reativa uma governança processual das partes em um jogo dialético-dialogal.

A administração da justiça torna-se a potestas que legitima a *auctoritas* judicial, que se expressa pela criação do direito. A administração da justiça se dá pela colaboração reativa, cunhada por OST:

No se trata solamente de la pacificación provisional que deriva de un arreglo impuesto por la ley del más fuerte, sino también una armonía restablecida a partir del hecho de que se ha producido un reconocimiento mutuo: cada uno de los protagonistas, cualquiera que sea el tipo de acción que lleve a cabo, ha de poder admitir que la sentencia no es un acto de violencia, sino de reconocimiento de los respectivos puntos de vista. En este nivel, ascendemos a una concepción superior de la sociedad: no ya solo un sistema de distribución de bienes, sinónimo de justicia distributiva; sino la sociedad como esquema de cooperación: mediante la distribución, pero más allá de la misma, mediante el procedimiento, pero más allá del mismo, se deja entrever algo así como un «bien común» que, precisamente, hace de vínculo social.⁶⁹²

A proposta de uma pujante dinâmica processual necessariamente repercute na forma de observar e de praticar o direito; são necessárias medidas urgentes para restaurar a ação comunicativa dos assuntos processuais, dos juízes, das partes e dos advogados, porque não é concebido que permaneçam cantonados em suas respectivas funções processuais, em defesa de seus próprios interesses, esquecendo o que finalmente fez existir suas vinculações processuais, sendo que o que é realmente importante: a solução justa do fenômeno conflitual, e por esse acerto vem a ao juiz alcançar a compreensão hermenêutica atribuída a sua função.⁶⁹³

⁶⁹²Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social». No se trata solamente de la pacificación provisional Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social» [...]. Un bien paradójicamente hecho de valores que eminentemente se pueden compartir. En este punto, la dimensión comunitaria ha tomado el relevo de la dimensión procedimental incapaz por sí misma de conjurar la violencia. Podríamos evocar aquí el ejemplo sud-africano de las comisiones de Verdad y Reconciliación, que «más que juzgar la historia, intenta aligerarla de la semilla del resentimiento que guarda en sus flancos y que puede hacer que se repita». Estos procedimientos, que son calificados como ejercicios de justicia «reconstructiva» o mejor «transicional», tratan sin duda de proteger la memoria y los derechos de las víctimas, pero también y, sobre todo, de garantizar aquellas condiciones que vendrían a constituirse en una especie de conjuro para evitar el retorno del pasado. En resumen, la distribución judicial es a un mismo tiempo tanto la adjudicación de unos bienes (que nos separan), como lo que nos hace ser parte de la misma sociedad, esto es, aquello que nos acerca. De esa distribución surge una propiedad emergente que es más importante que la parte que se le ha conferido a cada uno; tal es la armonía re-establecida, la cooperación reactivada. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.42-43)

⁶⁹³JARAMILLO, Mabel Londoño. Deberes y derechos procesales en el Estado social de derecho. **Opinión Jurídica**, vol.6, n.º 11, enero-junio 2007, Universidad de Medellín, Pp.69-86. P.80.

A jurisdição conta com uma dupla dimensão do poder: a primeira a *auctoritas*, que conta com a função jurisdicional, delimitada ou possibilitada pela segunda, pela *potestas*, erigida junto a administração da justiça. Refletem ambas na fusão mensurada ao *ius facere* como direito objetivo processual, que responde às dinâmicas sociais politizáveis pelo Processo em uma mundanidade complexa e plural de necessidades, desejos e angústias, fazendo com que a politicidade existencial se torne gênese fecunda de direito como adaptação existencial.

O Estado-Juiz aderido por uma *summa potestas* acaba evidenciando que sua atividade não é somente a função jurisdicional apregoada à *auctoritas*, mas exerce o juiz, junto a essa atividade a *função processual* dimensionada na administração da justiça, pois essa acerca de legitimidade democrática processual aquela, garantindo uma dinâmica processual pela colaboração reativa.⁶⁹⁴

Si la autonomía privada tiene ciertamente la posibilidad de resolver los conflictos sobre el plano conciliador o de ofrecer soluciones jurídicamente vinculantes, *es también cierto que administrar justicia aparece como uno de los deberes irrenunciables del Estado*. Por esto, no son fáciles los recorridos, que también están presentes en diversas experiencias europeas, *que tienden a asociar los privados a la administración del proceso*, sea confiando a las partes algunos segmentos del procedimiento, *o bien asignando a la concertación entre las partes y el juez alguno de los nudos del desarrollo del proceso*.^{695,696}(g.n)

A administração da Justiça apresenta-se como *potestas* – acaba por aderir-se a função processual em colaboração reativa – pois tem como pressupostos a igualdade e a liberdade das partes, dimensionando com a dinamização processual responsabilidade e projeções ativas para o desvelar fenomênico conflitual. Desse modo os cidadãos ativos estão emancipados político-juridicamente e equilibrando-se frente suas faculdades processual, as quais determinarão a desconstrução-construção do objeto do processo com o objeto do debate processual, o qual,

⁶⁹⁴ A la question « qu'est-ce qu'un juge? », le Professeur Wiederkehr répondait qu'est juge « celui qui juge ». Nous pensons néanmoins que le juge ne doit pas être défini par son activité principale, car cette dernière est certes son activité principale mais non son activité exclusive. Le juge qui concilie en vertu de l'article 21 du Code de procédure civile est un juge qui pourtant n'exerce pas de fonction juridictionnelle. De la même manière, certaines autorités administratives indépendantes peuvent, lorsqu'elles y sont autorisées par la loi, exercer une fonction juridictionnelle, pourtant elles ne sont pas des juges, elles relèvent de l'administration. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P. 131)

⁶⁹⁵BIAVATI, Paolo. Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2009, Pp. 523-549. P. 10-11.

⁶⁹⁶Siendo pequeño el margen de maniobra para la toma de decisiones de manera democrática y siendo necesaria la restitución de derechos, las organizaciones se pueden dotar de sistemas de administración de justicia al margen de los convencionales, con las debidas garantías, para recomponer el sentido amplio de la democracia que alcanza también a la justicia, y es particularmente relevante en el ámbito de las organizaciones de producción, y más aún, en las de producción de participación. (FERNÁNDEZ, Carlos García-Gutiérrez. El Ejercicio de la Democracia en las Organizaciones de Participación de Producción: la Administración de Justicia. **Revesco. Revista de Estudios Cooperativos**. Vol 112, 2013, Pp.95-121. P.96)

uma vez construído, influenciará na compreensão do fenômeno e na função jurisdiccional (*auctoritas*): isso assegura a imparcialidade do juiz com a garantia dos princípios do dispositivo e do contraditório constitucionalizados, somando assim o aspecto da dialética a boa-fé processual e a fundamentação da decisão judicial.

Exaspera-se, para assim justificar essa cooperação, que de modo similar ocorreu com o *imperium*⁶⁹⁷, que é um tipo de *potestas* reconhecido ao juiz⁶⁹⁸ que deve estar **unido** à *auctoritas*. O liame entre ambas, se dá com a legitimidade democrática processual acertada na jurisdição, em uma fusão entre ambas, mas que cada qual opera em dinâmica processual distintas: no

⁶⁹⁷Apresenta Tejero a diferença de *imperium* e *iurisdictio* e a vinculação deste último como potestas, e ao mesmo tempo evidencia a aproximação de *imperium* e *iurisdictio*: TEJERO, Francisco Hernández. Sobre el Concepto de Potestas. **Anuario de historia del derecho español**, 1946, Pp.605-624, n.º17. P. 615 e segs.

⁶⁹⁸En el extenso análisis y diversidad de significados y connotaciones que tiene la palabra *imperium*, existe aquel significado que está relacionado con la fuerza de las decisiones judiciales. A fin de encarar el estudio del *imperium* de las decisiones del iudex, su extensión en cuanto a la *appellatio* de dicha decisión y la transformación de estos conceptos, esta contribución propone en primer lugar un breve acercamiento al término *imperium*, para luego relacionarlo con la figura del iudex romano y los efectos de sus decisiones, y finalmente converger en el análisis de los puntos que encuentra en común con nuestro sistema jurídico actual, en particular el ordenamiento jurídico argentino. En primer lugar se debe señalar que en el origen etimológico, *imperium* deriva del verbo *impero* (*as-are-avi-atum*) que significa mandar, dar órdenes, reclutar (como verbo transitivo) y regir, dominar, ejercer el mando, imperar (como verbo intransitivo). En nuestro idioma español tenemos ambos significados en una sola palabra: ordenar. Así, fue utilizado en Roma para definir con precisión el poder del Rex; aquella autoridad máxima, suprema. Quien a la vez se desempeñaba como jefe del ejército, como magistrado judicial y como alto sacerdote encargado de velar por el regular cumplimiento de las ceremonias del culto público. Al caer la monarquía, el *imperium* que ejercía el Rex lo reciben algunas magistraturas, aunque con características distintas, por cuanto éste ya no es un poder soberano ni ilimitado. Durante el período republicano los soldados acostumbraban adjudicar a su comandante victorioso el “título” de *imperator* que venía a significar algo asimilable a “vencedor”. En realidad el imperio de los magistrados era la facultad que tenían de imponer su voluntad a los demás, recurriendo a la fuerza si fuera necesario; y no otra cosa era lo que lograba un comandante cuando vencía al enemigo: le imponía su voluntad por la fuerza. Entonces el *imperium* se refiere también a la fuerza o coerción para imponer la decisión, en este caso, judicial, y que en un primer momento va a ser facultad del magistrado. Así pues, el iudex privatus decidía a quién le asistía razón en una determinada contienda, siendo el magistrado el investido de *imperium* para hacer cumplir la disposición final. Tal como señala Fernández de Buján, la delegación de la *iurisdictio* encuentra su propio fundamento en el *imperium* magistratual, y la misma terminología de *iudicia imperio continentia* confirma que, en la concepción romana, la *iurisdictio* encontraba su fundamento en el *imperium*. Con esto adhiere a la posición mayoritaria, aceptando las teorías intermedias, conforme a las cuales el término *iurisdictio* hace referencia a un conjunto autónomo de poderes del magistrado, distintos del *imperium*, dado que pueden ser objeto de delegación y conferidos a magistrados privados de *imperium*, pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento. El fundamento de la declaración vinculante en la que consistía la *iurisdictio*, no puede ser más que el *imperium*, por lo que serían competentes en materia de *iurisdictio* todos los magistrados provistos de *imperium*. No solo los cónsules, sino también otros magistrados provistos de *imperium*, tendrían competencia para intervenir en la *legis actio*, dado que el magistrado investido de *imperium* por la *lex curiata* podía, en pura teoría, realizar actos de *iurisdictio*, en cuanto que ésta era una consecuencia o expresión de *imperium* que le correspondía. “Entre las facultades de los magistrados romanos, se distinguían tres diversas potestades: el *imperium*, la *iurisdictio* y, en un terreno común entre el uno y la otra, el *imperium mixtum*. El *imperium* es aquella alta potestad (se llama también *potestas*) que el pueblo delegaba en el magistrado mediante la *lex de imperio* y pertenecía a las magistraturas supremas; este *imperium* daba el derecho de coerción al magistrado que de él estaba investido; el *ius gladii*, que se refería por tanto también a la jurisdicción penal, pero iba más lejos toda vez que comprendía la facultad de utilizar la fuerza pública ejecutar la voluntad del magistrado en el cumplimiento del propio oficio”. El mismo Scialoja recuerda, además, que el ejercicio de la *iurisdictio* propiamente dicha se hacía con fórmulas que contenían las tres famosas palabras (*tria verba*) utilizadas para designar precisamente el ejercicio de la jurisdicción: *do, dico, addico* (doy, digo, adjudico) (*Imperium* como fundamento de la de la *iurisdictio*). (GUERRA, Valeria. *Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad*. **Revista de Derecho Privado**, n.º 21, julio-diciembre de 2011, Bogotá, Pp.59-86. P.60-63)

tocante à função jurisdicional opera nesta uma decisão apregoadá à compreensão hermenêutica que deve ser fundamentada; já no que diz respeito à administração da justiça, ela incide no governo partilhado em colaboração reativa e na formação e desenvolvimento do processo. Essa dinâmica processual tem como centralidade o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses. Muito se aproxima a fusão entre *auctoritas* e *potestas* do *imperium* ao modelo de Estado proposto. O Estado-Juiz manifesta dupla atividade.^{699,700}

Portanto, a *summa potestas* (meio para se chegar a legitimidade democrática processual) compreende uma ampla reestruturação quanto ao ofício das partes já que com a epistemologia constitucional e seu efeito de democratização da democracia, ampliam os horizontes do processo propiciando uma colaboração reativa. A *potestas*, nesse novo contexto resta partilhada entre as partes envolvidas no processo, momento em que a *potestas* passa a legitimar a *auctoritas* (finalidade da dinamicidade processual). A democracia participativa, para tanto, deve ser projetada no processo, momento em que o direito, superando a fase moderna (individualista), se constrói pela colaboração dos partícipes.^{701, 702}

⁶⁹⁹FORNOS, Iván Escobar. **Introducción al Proceso**. Nicaragua: Hispamer, 1998. P.61.

⁷⁰⁰Os romanos sentiam, de fato, uma afinidade tão essencial entre a *vitae necisque potestas* do pai e o *imperium* do magistrado, que o registro do *ius patrium* e o do poder soberano acabam por ser para eles estreitamente entrelaçados. O tema do *pater imperious*, que acumula na sua pessoa a qualidade de pai e o ofício de magistrado e que, como Bruto ou Mânlio Torquato, não hesitava em expor à morte o filho que se manchou com a traição, desempenha assim uma função importante na anedótica e na mitologia do poder. Mas igualmente decisiva é a figura inversa, ou seja, a do pai que exercita a sua *vitae necisque potestas* sobre o filho do magistrado, como no caso do cônsul Espúrio Cássio e do tribuno Caio Flamínio. (AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**. O Poder Soberano e a Vida Nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014. P. 89)

⁷⁰¹Historicamente los métodos tienden a combinarse: el derecho, em lugar formase mediante el solo hecho de las partes o el solo hecho del juez, tiene a formarse mediante la colaboración de ellos. A este modo de su formación se da específicamente el nombre de proceso. Em sentido técnico, el proceso no es um procedimiento cualquiera mediante el cual se forme el derecho, sino esse procedimiento cuando resulta del concurso de las partes y del juez. Por tanto, cuando se disse que el proceso sirve al derecho, el derecho sirve al proceso, se hace referencia al valor específico del proceso, esto es, al proceso no como formación originária, sino como formación derivativa del derecho, que supone um orden jurídico ya constituído. Así, los conceptos de acción y jurisdicción pasan, de la significación empírica y primitiva, que hemos obtenido hace poco, a una significación técnica y evolucionada. (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 29-30)

⁷⁰²La reforma judicial debe ser, desde su concepción hasta su ejecución, transparente, participativa y contar con un liderazgo amplio para el cambio. Imponer una reforma, por muy preclaro que sea su fundamento, puede llegar a ser inútil. Recordemos que, la modificación de las reglas formales, sean estas normas o procedimientos, es fácil y rápido de lograr, el asunto es el cambio cultural del cual depende su permanencia. Una reforma im-puesta y con sustancia formalista puede hacer duradero el dicho de "se acata pero no se cumple", que resume el abismo entre las determinaciones del formalismo jurídico y la actuación real de los actores judiciales. Proponemos lograr el control social sobre la gestión judicial por medio de la participación democrática de los ciudadanos, como un instrumento para que los medios institucionales, a través de los cuales se forman las políticas judiciales, sean permeables a dicho control social. Esto requiere una reforma a fondo de los modelos de formación de políticas judiciales y de los propios sistemas políticos. Habría que introducir un nuevo esquema de carácter participativo, que modifique el actual esquema de gobierno judicial, permitiendo el surgimiento de nuevos experimentos organizativas, como expresiones sociales, así como, la participación directa o semidirecta de los ciudadanos en las decisiones del gobierno judicial. Estos canales de control social sobre la gestión judicial, son los mecanismos más efectivos para garantizar que la reforma judicial se construya como se desea, al tiempo que le proporciona la legitimidad necesaria para garantizar su éxito. No es posible el cambio judicial si este no contiene beneficios directos para la gente. En definitiva, el sector justicia podría mantenerse como campo de discrepancias sociales y,

O cidadão ativo encontra no Estado Ativo-Responsivo a legitimidade democrática processual que serve como legitimidade de fecunda construção de um diálogo e de um debate processual, assegurada a construção pelo princípio do contraditório constitucionalizado que acaba ressignificando o princípio dispositivo em um princípio dispositivo constitucionalizado. Os princípios processuais acabam se articulando e rearticulando para que o diálogo e a dialética venham a proporcionar um espaço político com o fenômeno conflitológico de interesses. A governança das partes é relevante, retirando a força da politização do direito do juiz e acertando ao cidadão.⁷⁰³

lejos de coadyuvar a la paz social para el trabajo creador de la sociedad, seguir siendo un elemento más de la disociación social con la consecuente inestabilidad política. Como lo señala Enrique Iglesias: "No basta con esfuerzos encaminados a la modernización del derecho si su aplicación no se efectúa con la firmeza y la celeridad que la ciudadanía espera." Pero, ¿a quién le interesa que los cambios sean efectivos?. Más que a nadie al propio beneficiario o usuario de los sistemas de justicia, por eso es necesario que aquel fiscalice el proceder y el producto de los sistemas de justicia. El control social sobre la gestión judicial es el único camino que puede garantizar que la permanencia de la reforma y de su operatividad posterior. Es indispensable la creación de causas institucionales para la participación directa y semidirecta de la población, en la formación y mantenimiento de la legalidad y de la justicia democráticas, porque la manera como se originan y se conforman es tan importante como sus propios contenidos. El control social sobre la gestión judicial en la formulación de la legalidad, en la ejecución de las actividades del Estado, en el control de estos actos, en la resolución de los conflictos sociales o individuales y en el resarcimiento de los daños causados, le darán un carácter realmente democrático. Si la legalidad democrática beneficia a la sociedad en su conjunto, ésta debe participar en su mantenimiento, por cuanto al estar interesados todos los ciudadanos en su existencia velarán por su vigencia más que las instancias del propio Estado. En modo alguno estamos sugiriendo dismantelar la institucionalidad estatal, en general, o la judicial, en particular, pero si establecer el control social sobre la gestión judicial. De lo que se trata es de utilizar la participación democrática de los ciudadanos como un instrumento para que los medios institucionales, a través de los cuales se forma la legalidad y la justicia, sean permeables al control social. Los Caminos de la Participación Judicial. Convencidos de que la administración de justicia debe ser un servicio público en beneficio de toda la sociedad, resulta comprensible que ésta participe en su creación, organización y mantenimiento, por cuanto, al estar interesados todos los ciudadanos en su existencia, velarán por su eficiencia y eficacia más que las autoridades del Estado. La participación judicial, como control social sobre la gestión judicial, creadora de legalidad y justicia democráticas, comprendería una sustancial mejora del vigente esquema representativo de la democracia. A la par de introducir un nuevo esquema de carácter participativo, permitiendo el surgimiento de nuevos experimentos organizativos como expresiones sociales, así como la participación directa o semidirecta de los ciudadanos en la justicia. (TORO, Julio César Fernández. **Participación Judicial y Gobernabilidad Democrática de la Justicia Formal a la Justicia Popular**. In: Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado. Disponible em: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol6/6-5.pdf>>. Acessado em: 23/05/2017. P. 11 e segs.)

⁷⁰³El giro antropológico (sobre este punto me permito reenviar a mi libro) nos conduce directamente al Derecho. Nos enseña que los límites, vínculos y medidas que el Derecho establece no se libran ni de la instrumentalización de los campos primarios ni de los «yo» hegemónicos, salvo a condición de inscribirse bajo la égida de un tercero imparcial, en la tercera dimensión de lo indisponible, en el espacio público de una reflexividad que prácticamente no tiene fin. La mejor fórmula que podríamos darle es extraída del viejo Derecho procedimental: *auditur et altera pars* —escucha igualmente a la otra parte—. El precepto es procedimental y condiciona el debate contradictorio; a un nivel más profundo, da cuenta de la naturaleza del Derecho al instarle siempre a unir los dos polos de lo humano, donde la «otra parte», esa de la diferencia que crece en el seno de uno mismo, tendrá el primer lugar. En su conjunto, el Derecho no es más que la puesta en escena y la construcción de la trama de ese debate continuo. Más importante todavía: la estructura ternaria de este procedimiento. Si el 1 ha de comprender al 2 la prueba se llevará a cabo en la escena jurídica bajo los auspicios de un tercero (la sociedad, el juez). De tal forma, en los términos de esta fascinante aritmética social resulta que el 1+1 presupone el 3 al mismo tiempo que lo produce. Aquí encontramos la propiedad emergente, la lógica contrafáctica, el bootstrapping (auto-superación, o salto a la trascendencia) al que el Derecho presta sus funciones cuando se pone a escuchar lo humano. La cifra 3 (o la institución del tercero imparcial) es una suerte de garantía de que jamás el 1 se va a encerrar en sí mismo, o de que el 2 jamás va a absorber al 1; el 3 es la garantía de que la brecha sigue presente, que la diferencia está operando, que la palabra circula, que, de nuevo (el evento, el proyecto, la historia, el sentido...) sigue en marcha. Sabemos lo

Esto demuestra que cuando se hace un esfuerzo por **interpretar el Código Procesal Civil** como una unidad, se lo reconoce **como un sistema que incita la actividad de las partes, dejándoles, además, espacios de libertad; el juez apoya a las partes en el ejercicio de su rol procesal, de manera tal que esa libertad de que gozan no se vuelva en su contra**. Difícilmente podrá encontrarse en el Código Procesal Civil una contradicción entre la actividad del juez y la de las partes, si se hace abstracción de cuestiones secundarias y problemas especiales. Sería erróneo introducir, por vía interpretativa, elementos inquisitivos que están en contraposición con la primacía que tienen las partes en lo relativo a la aclaración de las circunstancias de hecho. No cualquier regulación procesal compatibiliza la actividad judicial y de las partes en forma tan poco forzada; de ahí que valga la pena analizar y entender el sistema del Código Procesal Civil. Quizás entonces sea menos criticado y se aplique nuevamente en forma más entusiasta y respetuosa.⁷⁰⁴ (g.n)

frágil que es este proyecto y cuán tenaz la ambición de todo tipo de dirigentes (clérigos, expertos, poseedores...) a la hora de refrenar esta praxis imaginativa de la que el Derecho es garante y ello posibilitando la certeza a la hora de implementar una determinada programación social: después de los fantasmas de la ciudad de los reyes filósofos de Platón hasta las regulaciones tecnocráticas de hoy (big datas y nudges, principalmente) pasando por los autómatas políticos minuciosamente descritos por Hobbes, se reproduce siempre el mismo sueño. Tal es: reducir a cero el riesgo de indeterminación y trazar con seguridad las rutas del futuro colectivo. Un rasgo distingue de forma indefectible estos modelos: rechazan el lugar estructural del tercero. Ese tercero que no es solo el sabio por encima de las partes, el portador de la palabra de la ley, el +1 que siempre podemos unir a la serie y que impide que gire en torno a sí misma. Tertium non datur, el «tercero excluido» —es este el signo por el que transitan las lógicas, numerosas y variadas que se apartan del auditor et altera pars hasta oponerse radicalmente a él. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017.P. 38-39)

⁷⁰⁴La relatividad de la controversia acerca del balance que debe existir entre la actividad del juez y la de las partes, podría suscitar la impresión de que para la adecuada aplicación del Código Procesal Civil no interesa tanto determinar en forma precisa la relación que existe entre el principio dispositivo, el principio de aportación de partes y la actividad del juez. Se trataría, en efecto, de una mezcla (“mixtum compositum”) entre los principios inquisitivo y de aportación de partes, que dejaría amplios espacios a la práctica judicial. Dicha postura me merece reparos. La fidelidad positivista en la aplicación de la ley no goza actualmente de gran popularidad; en cambio, la creación libre del Derecho despierta, a menudo, sentimientos más elevados. Con todo, se debería, al menos, conocer y comprender a cabalidad la ley antes que transgredirla. El Código Procesal Civil no es una mezcla confusa de elementos propios del principio de aportación de partes y de elementos inquisitivos, como se suele dar a entender. Antes bien, el mismo se halla completamente dominado por los principios dispositivo y de aportación de partes, particularmente en el caso del procedimiento ordinario; la actividad judicial se limita a asistir a las partes en el cumplimiento de sus roles procesales. Los ataques que se dirigen contra la “reflexión en base a principios”, pretenden hacer creer que mediante éstos no es posible solucionar problemas concretos. En los principios procesales se materializa, empero, la intención del legislador; el recurrir a los principios para resolver problemas concretos no implica otra cosa que recurrir a los fundamentos de la ley, y con ello, en último término, a la analogía. Al comienzo [del Código] figuran las disposiciones que dejan entregados a la voluntad de las partes el “sí” y el “sobre qué” del procedimiento, materializando así el principio dispositivo; asimismo, se encuentran disposiciones que exigen de las partes la exposición de los hechos y el señalamiento de los medios de prueba, convirtiendo el principio de aportación de partes en un principio fundamental legalmente consagrado. Afirmar esto no es una disquisición jurídico-conceptual carente de sentido, sino que el resultado de la simple lectura de la ley. El sentido del deber judicial de aclaración contemplado en los §§ 139 y 278 III del Código Procesal Civil, no implica que sea el juez, y no las partes, quien debe presentar peticiones, exponer hechos o introducir medios de prueba; él se limita a incitarlas a efectuar tales acciones. El juez no es un inquisidor, es un “asesor” de las partes, pero el deber de actuar recae sobre éstas. Por ello se ha señalado, con razón, que el deber de aclaración que contempla el Código Procesal Civil ha de entenderse como el deber de llamar la atención o dar indicaciones a las partes, pero no como un deber de investigar por sí mismo. En ese sentido, el sistema del Código Procesal Civil está libre de contradicciones y es de una perfecta consistencia; sólo hay que leerlo correctamente. Tal afirmación es igualmente válida para aquellos casos en que el juez puede llevar a cabo diligencias probatorias de oficio. Ello, por cuanto dichas diligencias se extienden solamente a los hechos que han sido introducidos al proceso por las partes, ya sea espontáneamente o por indicación del juez. En el evento de que las partes no ofrezcan prueba, el juez debe llamar la atención sobre dicha falta, provocando de esta forma la actividad de la parte. Pero en lugar de ello puede también —como una forma de acelerar el procedimiento— ordenar directamente la rendición de prueba, siempre y cuando la

O contexto atual faz com que a Jurisdição seja reconfigurada para que venha se adaptar à sociedade hodierna. A dinâmica processual proporciona essa leitura e a desleitura profunda no tocante ao fenômeno da Jurisdição ao Processo: a desleitura segue com a alteração do significado de *potestas*, aproximando ele a Administração da Justiça, que segue como elemento central de uma democracia moderna posta aos problemas concentrados na re-concentração do reconhecimento e emancipação dos cidadãos ativos, segue uma leitura de que legitima o debate político manifestada essa legitimação na fundamentação da decisão ou *auctoritas*.

A legalidade é deixada de lado e se segue espaço a administração da justiça⁷⁰⁵, que serve de espaço a legitimidade democrática processual exercida por cidadãos e juizes ativos e

materia sometida al tribunal sugiera determinados medios de prueba. Sólo esta interpretación de la cuestión permite comprender por qué la regla sobre la recepción de prueba de oficio es facultativa y no obligatoria. Sin el deber de indicación o de llamar la atención, esa facultad podría transformarse rápidamente en una puerta abierta a la arbitrariedad judicial o ser interpretada en términos de un deber, con lo cual, en la práctica, se entraría de lleno en el terreno del principio inquisitivo. La comprensión correcta es que el juez, ante la falta de ofrecimiento de prueba, puede acelerar el procedimiento, pero debe, en todo caso, llamar la atención. De la “función sustitutiva” que cumple la recepción de prueba de oficio por el juez, se sigue, en consecuencia, que ésta no puede ir más allá de la rendición de prueba por las partes; esto resulta particularmente relevante para determinar si la obligación de presentar documentos que tiene la contraparte, de acuerdo con los §§ 143 y 273 del Código Procesal Civil, es más amplia que la contemplada en los §§ 422 y 423. En aquellos casos excepcionales, en que el poder del juez es más amplio que el de las partes, como ocurre en el § 448 del Código Procesal Civil, existe una fuerte limitación al poder discrecional del tribunal, que excluye la arbitrariedad. El deber de indicación del juez sólo puede moverse razonablemente dentro del marco de la actividad de las partes, en la forma en que está predeterminada por la carga objetiva de la prueba. Siempre que el Código Procesal Civil se refiere a la actividad de las partes, existe una clara separación en cuanto a los hechos, concretamente, entre aquellos que justifican una pretensión y aquellos que justifican una excepción o una defensa, aun cuando esta separación ha sido muchas veces puesta en duda (cfr. los §§ 130 N° 3, 282 I, 331, 592, 597 del Código Procesal Civil). Dicha división se vincula con la distribución del riesgo en materia probatoria que contempla el Derecho material; el riesgo de que un hecho no resulte probado es lo que motiva a las partes a actuar. Esta división de los hechos materia del proceso no debería ser tildada como ajena a la vida real, aun cuando algunas ciencias auxiliares postulen una visión unificadora y cercanía con el mundo real. La división de los hechos del proceso canaliza la actividad de las partes, redundando en la división del trabajo, con lo cual no se sobrecarga a ninguna de las partes, puesto que lo que se exige de ellas es únicamente verosimilitud y no verdad e integridad (§ 138 I). En este sistema de la distribución del trabajo, el deber de indicación o de llamar la atención se inserta como un apoyo y no como un obstáculo. Esto significa que el juez debe formular indicaciones en primer lugar a la parte que tiene la carga de la afirmación y de la prueba; a la parte sobre la que no recae la carga de la prueba sólo se le pueden hacer indicaciones en dos casos: en primer lugar, en virtud del deber que tiene esa parte de aclarar ciertos hechos conforme al § 138 II, y en segundo lugar, en el marco de los deberes de facilitar la actividad probatoria de su contraria (§§ 422, 423 y 445). Así, por ejemplo, frente a una afirmación que omite las razones de hecho y de Derecho en que se funda, sobre la adquisición de mala fe de una letra de cambio, la parte sobre la que no recae la carga de la prueba no está obligada, ni siquiera cuando medie una indicación del juez, a explicar la forma en que adquirió dicha letra ni a señalar medios de prueba al respecto. El juez debe, en primer lugar, obtener de la parte sobre la que recae la carga de la prueba una afirmación fundada y, dentro del marco de lo razonable, medios de prueba pertinentes; sólo a partir de la concurrencia de dichos elementos puede nacer, bajo determinadas circunstancias, un deber de aclaración para la parte contraria⁸⁵. En mi opinión, esto se aplica también en el caso de la orden de comparecencia personal del § 141 del Código Procesal Civil. En tal caso se da a las partes la posibilidad de hacer de inmediato afirmaciones basadas, ya sea en su conocimiento o en suposiciones, y de corregir o aclarar errores o pasajes oscuros de su exposición. Pero ello no implica que, haciendo uso de su facultad de preguntar personalmente al demandado, el juez pueda transformar afirmaciones infundadas o poco concluyentes de un demandante descuidado en fundadas y concluyentes, puesto que en ese caso al demandado le convendría más no presentarse y beneficiarse de una “sentencia impropia de rebeldía”. (§ 331 II, segunda parte, del Código Procesal Civil). (STURNER, Rolf. **La Aclaración Judicial en el Proceso Civil**. Santiago, Chile 2010. P. 21-26)

⁷⁰⁵Existe um antagonismo inevitável entre a Administração e a legalidade. Um jurista consultado exprimiu-o brutalmente numa fórmula celebre: a Administração é impossível, se tem de conformar-se com as leis. A razão

responsivos em uma dinamicidade processual, onde se venha, pela ordem pública e pelas garantias processuais, a estabilizar as expectativas normativas tuteladas pelo direito subjetivo formal ou substancial, garantindo assim um equilíbrio entre liberdade e igualdade entre as partes⁷⁰⁶.

Es claro que el proceso no es una simple abstracción, ni una entidad intemporal o ahistórica, sin dimensiones concretas. **El proceso es, además de un instrumento jurídico, un fenómeno social sobre el que influyen, necesariamente, las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales del contexto concreto en**

d'isto é facil de comprehender, é que para todo o homem de acção a legalidade é um entrave; ora o administrador é, no seu genero, um homem de acção: como havia de sub-meter-se de boa sombra ã legalidade? Theoricamente, a Administração é a força applicada á lei. Mas a applicação das leis, que para o proprio juiz não é uma missão puramente au tomalica. ainda menos o é para o administrador. Não iremos até dizer com um joven e dis-tincto professor de direito publico que «o governo deve, em cada especie, ver se não é preferível ignorar sistematicamente a violação da lei, a persegui-la». Seria erigir uma simples tendencia em theoria geral: é assim de resto que se formam muitas vezes as theorias. Mas devemos notar que a Administração, na sua acção quotidiana, é simultaneamente dominada pelo cuidado duplo e contradictorio de respeitar os textos legislativos e de obedecer entretanto ás necessidades naturaes da sua funcção propria. Aqui ainda somos obrigados a oppôr, á concepção mecanica, a concepção organica do direito, e a mostrar como os administradores, pelos seus actos, como os juizes, pelas suas decisões, contribuem para dar ás regras jurídicas uma mobilidade espontanea e progressiva. [...] A funcção administrativa por excellencia é assegurar a ordem publica. Fóra d'esta funcção, Administração não é Administração, no sentido primitivo e irreductivel da palavra. Por isso, quando está em jogo a ordem publica, vê-se a autoridade administrativa correr em direitura ao firo que lhe é assignado pela natureza da sua missão. Sem duvida, assegurar a ordem publica consiste geralmente em impôr aos particulares o respeito das leis, mas, nesse mesmo caso, a Administração está visivelmente impaciente com as limitações legaes, que a afrouxam ou deteem na espontaneidade da sua acção. A processos mais legaes, prefere processos mais economicos, mais rapidos, mais efficazes. Não queremos dizer que o administrador tem o desprezo sistematico das leis, observamos sómente que o respeito das leis não é e não pode ser o elemento capital, essencial da sua psychologia profissional, e todo o homem, em certo grau, possui a psychologia da sua profissão. [...] A intensidade da acção administrativa é um elemento que escapa ao preceito legislativo: é o que é, num momento dado, num dado país, visto que depende unicamente do espirito de iniciativa e de dever do corpo dos funcionarios. A acção administrativa tem necessidade de ser provocada: a Administração applica frouxamente as leis que não lhe pedem que ap-lique. [...] Assim a autoridade administrativa, por uma inercia que elimina textos antigos, e por uma actividade que provoca textos novos, participa, tanto como o juiz, da evolução espontanea do direito. (CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938. P. 108-110, 117-118 e 119)

⁷⁰⁶La administración de la Administración de Justicia no es una cuestión menor. En cierta manera ahora estamos soportando las consecuencias de que, en su momento, no se iniciaran otros enfoques distintos al estrictamente jurídico para el análisis y comprensión de nuestro sistema judicial. Sociólogos, economistas, estadísticos, psicólogos, informáticos... cada vez deben tener más cabida en este empeño. La Justicia, —como los demás ámbitos del sector público estatal—, tiene que ser objeto de estudio y tratamiento pluridisciplinar. Ello permitirá su conocimiento más extenso e intenso, mejorará la información disponible, facilitará el diseño de políticas judiciales más consistentes y garantizará el necesario seguimiento y control de los planes, programas y proyectos que las desarrollen. obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales. Que, en definitiva, es lo que importa e interesa. La función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aquí y ahora, no es un fin en sí mismo. El ejercicio de la potestad jurisdiccional tiene su fundamento esencial en el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva. Sin olvidar, por otra parte, que la justicia emana del pueblo. La Administración de Justicia no puede pretender el monopolio del análisis de lo que está sucediendo en el interior de su sistema. Lo que por otra parte sería contraproducente ya que, a largo plazo, los sistemas que se cierran en sí mismos y se aíslan del contexto en el que están integrados, terminan padeciendo de esclerosis orgánica aguda. Y ello no sería bueno ni para la propia función jurisdiccional, ni para el Estado social y democrático de Derecho. (MONTES, Luis Fernando Crespo. La Administración de Justicia: de la teoría a la práctica. **Revista de administración pública**, n.º149, 1999, Pp.337-398. P. 2807)

el que se produce. Por esta razón, hemos considerado conveniente insistir sobre sus aspectos político y social.⁷⁰⁷ (g.n)

O Estado-juiz, no tocante à administração da justiça, tem isso como função interna do processo e se aproxima as partes, vinculando-se ao Processo com imparcialidade, rompendo com a angularização do processo, pois na atualidade rompe-se ao substrato das teorias clássicas, dado que com a Constitucionalização do Direito passa a elevar o indivíduo a sujeito-cidadão ativo⁷⁰⁸. Transcende o Estado Ativo-Responsivo aos sujeitos e a democracia participativa, permeada em seu texto pelo seu grau de substancialidade, vem a aderir-se aos institutos processuais e à jurisdição, dotando-as de legitimidade democrática processual⁷⁰⁹, ativando as capacidades humanas para que exerçam seu direito como ato de existir.

Relevante pontuar que a função jurisdicional do Juiz se dá pela decisão judicial, mas na atualidade este ata-se aos debates do envolto jogo processual de perguntas e respostas, e pela atmosfera do direito de ação e do direito de reação à decisão judicial acaba desvelada pelas partes, e o juiz afere-se como parte apregoando-se ao princípio dispositivo e ao princípio contraditório, restando dúvida, estes produzem atos para compor o jogo. E quanto a atividade decisória, encontra-se vinculada à fundamentação-motivação de tais decisões, atando-se ao *grito das sereias*.

A relevância da governança processual das partes é que estas formam uma colaboração reativa: não figura somente um juiz que julga, mas existem outros dois que ajudam ativa e responsivamente a julgar, sendo também julgadores; com a diferença de que propõem eles com a formação e desenvolvimento dos objetos (do processo e do debate processual), isso reflete

⁷⁰⁷FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad**. In: KAPLAN, Marcos (Compilador). Estado, derecho y sociedad. Segunda Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. P. 140.

⁷⁰⁸Estas são as circunstâncias que tornam indispensáveis conferir as possibilidades da construção de uma autêntica democracia, quando o indivíduo toma o lugar do cidadão. A compatibilidade entre a democracia e individualismo é problema crucial que deve ser tratado quando se pretende um direito processual que supere o dogmatismo, porquanto, como sugerimos nas considerações precedentes, o dogmatismo é expressão de um regime autoritário. É, em última análise, a expressão jurisdicional do “pensamento único” neoliberal”. O acesso hermenêutico às realidades jurídicas contingentes, fica, conseqüentemente, vedado ao pensamento dogmático. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Processo e Ideologia: o paradigma Racionalista**. 2. Ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. P. 307)

⁷⁰⁹La timocracia – éste es el tercer tipo de gobierno. Como los anteriores puede presentar varias modalidades, pero siempre distintas de la aristocracia y de la monarquía. Su contrario es la democracia. Em todo caso, de acuerdo com la gradación establecida al principio (y que cierra ahora esta parte de la obra ockhamista apoyada em Aristóteles), es éste el menos malo de entre los principados corrompidos: como entre todos los modos temperados de gobierno el óptimo es el reino y después la aristocracia u por último la timocracia, de este modo entre los gobiernos intemperados o viciados el péssimo es la tiranía y después la oligarquía, pero la democracia se encuentre la menor perversidade. (EGUREM Esteban Peña. La Filosofía Política de Guillermo de Ockham: relación entre potestad civil. Madrid: Encuentro, 2005. P. 225.226)

peculiarmente com a dinâmica processual proposta, de modo que influencia passa a ter a administração da justiça em uma legitimação democrática processual.⁷¹⁰

A construção de um Estado-Juiz Ativo-Responsivo acaba dotando de colaboração reativa o processo e em um juiz independente e preocupado com o caso-problema⁷¹¹, o qual ultrapassa os limites de um fenômeno conflitual dual⁷¹² por um fenômeno conflitual

⁷¹⁰...a la función judicial, consistente en la trinidad de juzgadores. No figura en él solamente el juez que juzga, sino que existen otros dos que lo ayudan en el juzgamiento, siendo también ellos juzgadores, con la diferencia que proponen un juicio, juzgan para inducir y ayudar a otro a juzgar. Observad cuidadosamente el enorme interés y la necesidad de esta trinidad en la que hay a algún reflejo de la unidad y de la Trinidad. Si queremos comprenderla debemos mirar en el espejo dice San Pablo, en el espejo del alma humana. A hora, qué cosa significa, no qué cosa simboliza, la trinidad de juzgadores. Significa que la verdad no se obtiene sino a través de la duda. Y la duda se halla personificada en los opositores, cuya función es no solamente la de proponer, sino la de cultivar, de exasperar la duda. Traigo un recuerdo de Miguel de Unamuno, en las primeras páginas de *La Agonía del Cristianismo*, hace él una observación de carácter lingüístico al decir que la misma raíz existe en *dllbimn* y en *duellum*. Esto no solo había yo nunca pensado antes de leer esta página, desatento como soy de la parentela entre la duda y el duelo. El juez tiene necesidad de ver que las partes, artificiales, no partes naturales, partes naturales en el proceso civil, partes artificiales en el proceso penal, se combaten para lograr a través del relámpago de la chispa que brota del choque, la verdad divina. Más aún el juez tiene necesidad de ver, y por que no decirlo, de sufrir a las partes, de escandalizarse de las partes, para liberarse de ser parte, porque el juez es super-parte, está sobre la parte, pero ¿cómo hace un hombre que es parte, porque el juez es parte esencialmente, para no ser parte?. Este es el drama del Juez. Por eso el Maestro - el único y verdadero Maestro- ha tratado y resuelto el problema del juicio con dos palabras absurdas, paradójicas, misteriosas, divinas, "no juzgues" y Juego, como es necesario juzgar, ha expresado, esto quiere decir: juzgado como desearías ser juzgado. (CARNELUTTI, Francesco. *Defensa de los Abogados y de la Abogacía. Themis-Revista de Derecho*, Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú., Año II, n.º 2. P. 7-8)

⁷¹¹Lo que la independencia no puede ser es el privilegio de unas personas dentro del Estado y menos dar origen a la creación de una casta. Con ella no se trata de favorecer a jueces y magistrados, sino hacer posible el ejercicio de una potestad y el cumplimiento de una función atribuidas en exclusiva, las cuales están al servicio de los ciudadanos. Cuando se reclama la independencia de los jueces no se está pidiendo nada para los jueces mismos, sino que se está exigiendo algo que sirve para asegurar los derechos de los ciudadanos. (...) Antes del siglo XIX no se hablaba de independencia de los jueces; es a partir de la división de poderes cuando tiene sentido hablar de la independencia, especialmente habida cuenta de que inmediatamente el poder ejecutivo se apoderó del judicial. La independencia así se proclama como una aspiración frente o contra los otros poderes del Estado y sobre todo contra el poder ejecutivo, que es el que redujo a administración de justicia al judicial, por cuanto era aquél el que controlaba tanto la aplicación de la ley reguladora del estatuto de jueces y magistrados cuanto la potestad reglamentaria sobre el mismo. Se asistió así desde entonces al intento del poder ejecutivo de determinar o, por lo menos, de influir en las decisiones judiciales y a la defensa por los jueces de su independencia, si bien en esa lucha resultaba vencedor el detentador de turno del poder político que, entre otras cosas, contaba con una legislación que le era favorable. (AROCA, Juan Montero. *Introducción al Derecho Jurisdiccional*. Peru: Enmarce, 1999. P. 81 e 82-84)

⁷¹²Le mot grec *catharsis* signifie purification, purgation. Aristote utilise ce terme dans *La Poétique* pour désigner l'effet produit chez les spectateurs par la tragédie: "La tragédie est l'imitation d'une action vertueuse et accomplie qui, par le moyen de la crainte et de la pitié, suscite la purgation de telles passions". Il est donc nécessaire d'en passer par la tragédie pour comprendre ce phénomène, et entrevoir comment on peut le retrouver dans la représentation judiciaire elle-même. Or, les questions de justice et de droit tiennent une place considérable dans les tragédies classiques, et celles-ci ont indéniablement contribué à l'affirmation de la pensée juridique en Grèce. Qu'on les représente encore souvent aujourd'hui montre assez qu'elles ont posé ces problèmes dans des termes qui ne laissent pas de nous intéresser. Le droit naît doublement dans la tragédie. L'idée de la naissance du droit, c'est l'idée d'une règle qui s'impose; et nécessairement, elle s'impose contre une autre. Le droit est donc inimaginable en dehors du conflit: "Le tragique naît d'une conscience déchirée" écrit J.P. Vernant qui, se référant aux analyses de L. Gernet, ajoute que "la matière véritable de la tragédie, c'est la pensée sociale propre à la cité, spécialement la pensée juridique en plein travail d'élaboration". Ceci doit naturellement s'interpréter dans le contexte historique: la tragédie grecque n'est pas seulement une expression artistique et littéraire, née des dithyrambes improvisées dans les Dionysies de printemps; elle est une institution sociale dont l'épanouissement a coïncidé dans le temps avec celui de la démocratie. Le texte tragique participe aux débats de la cité, aux discussions qui agitent V agora,

policêntrico, pois este juiz não um árbitro aplicador e remoto, passivo “ *el juez activo y cooperativo, tal cual se lo conoce en el sistema austro-alemán, francés, y ahora ingles y español, aparece como una figura democrática fundamental con varios puntos de moderación.*”⁷¹³

concernant les événements immédiats ou les principes de l'organisation politique, juridique ou judiciaire. La trilogie de VOrestie, dont Les Euménides forment le dernier volet, représente la plus remarquable réflexion sur la justice qu'on ait jamais portée au théâtre. L'oeuvre rappelle la longue suite tragique qui a ensanglanté l'histoire des Atrides. La première des trois pièces porte le nom d'Agamemnon, chef suprême des Grecs dans le siège de Troie et qui, ayant immolé sa fille Iphigénie pour obtenir des dieux des vents favorables, est assassiné par son épouse, Clytem-nestre, avec la complicité de son amant, Egisthe. Le second volet, Les Choéphores (les porteuses de libations), met en scène le meurtre de Cly-temnestre par son fils, Oreste, appelé à venger le sang paternel par l'oracle d'Apollon, dans le sanctuaire de Delphes. Poursuivi par les Erinyes (les Furies, déesses infernales à la chevelure de serpents, qui persécutent les criminels), Oreste part dans un long exil de purification, puis il se rend à Athènes où il se soumet au jugement d'un tribunal constitué et présidé par Athéna. La cité est ainsi représentée dans l'instance par sa déesse éponyme. C'est l'intervention du tribunal qui va mettre fin à l'enchaînement de la violence. La fondation du tribunal par Athéna est empreinte de la plus grande solennité: "Je vais ici faire choix de juges du sang versé ; un serment les obligera, et le tribunal qu'ainsi j'établirai sera établi pour l'éternité. Vous, faites appel aux témoignages, aux indices, auxiliaires assermentés du droit. Je reviendrai quand j'aurai distingué les meilleurs dans ma ville, pour qu'ils jugent en toute franchise, sans transgresser leur serment d'un coeur oublieux d'équité". Lorsque le tribunal se réunit, elle demande au héraut de contenir la foule: "A l'heure où ce Conseil s'assemble, il convient de faire silence et laisser la cité tout entière entendre les lois qu'ici j'établis, pour durer à jamais, et dès aujourd'hui, pour permettre à ces hommes de prononcer un juste arrêt". Le procès proprement dit est précédé en quelque sorte d'une phase préparatoire, une brève information conduite par la déesse elle-même recevant la plainte des Erinyes (représentées par le chœur), qui déclinent tout d'abord leur identité par une image: "Nous sommes les tristes enfants de la Nuit", et prie Athéna de poursuivre: "Fais ton enquête alors, et juge droitement". La déesse pose explicitement le principe du contradictoire: "Je vois là deux parties mais n'entends qu'une voix". Puis elle interroge Oreste qui reconnaît son crime: "J'ai tué ma mère — je ne le nierai pas — pour qu'un meurtre payât le meurtre d'un père adoré [...] Ai-je eu tort? Ai-je eu raison? A toi d'en décider: je suis en ta puissance; quoi qu'il fasse de moi, j'accepte ton arrêt". Athéna ouvre alors l'audience: "Je déclare le débat ouvert: à l'accusateur, parlant le premier, de nous instruire d'abord exactement des faits". Le coryphée parle au nom des Erinyes, puis Apollon intervient, à la fois témoin et défenseur d'Oreste, pour affirmer que ce meurtre était voulu par Zeus. Athéna va conclure le débat, une nouvelle fois avec solennité, pour insister sur l'importance du précédent ainsi créé que l'homme trouve un substitut à l'acte, substitut grâce auquel Paffect peut être abrégé [...] Dans d'autres cas, c'est la parole elle-même qui constitue le réflexe adéquat, sous la forme de plainte ou comme expression d'un secret pesant (confession!). Genre intermédiaire, le psychodrame, tel que l'a conçu Moreno: il s'agit d'une expression théâtrale à visée thérapeutique dans laquelle les individus jouent, littéralement, des rôles reproduisant les situations conflictuelles qui sont les leurs. Ainsi, dans la tragédie du théâtre, dans la tragédie du procès, comme dans la cure analytique, comme dans le psychodrame, on commence par rejouer la scène dans une représentation verbalisée, et c'est ce jeu, inimaginable, si l'on ne savait jouer, qui peut réduire les tensions, purger les passions. La fonction profonde de l'instance judiciaire est peut-être là, et non dans un dernier acte de vengeance. Plus que la réponse donnée par la sentence, c'est le fait qu'il y ait eu procès qui est capital. Il n'y a pas de droit s'il n'y a, d'abord, une instance où chacun, à égalité avec tout autre adversaire, peut venir exprimer sa cause et plaider son bon droit. De ce point de vue, il n'est donc pas étonnant qu'une pièce comme Les Euménides, qui pose le problème de la naissance de la justice, ait précédé dans le temps Antigone, qui s'attache principalement au problème de la loi. Ce n'est pas dire que le problème de la loi soit absent dans la pièce d'Eschyle, tant s'en faut. L'ambiguïté de la sentence par rapport à la question d'Oreste ne doit pas laisser dans l'ombre la question du droit lui-même. (SOULIER, Gérard. Le théâtre et le procès. **Droit et Société**, vol.17, n.º1, 1991.Pp. 9-24. P. 18-21)

⁷¹³Un análisis histórico-jurídico y de derecho comparado puede a veces confirmar esta visión, sin embargo dichas conclusiones son finalmente difíciles de admitir. En el proceso romano la actividad de las partes se ubica en el centro, crea incluso la impresión de que la responsabilidad jurídica individual es un importante paso, en el cual sin embargo las otras partes del pueblo quedan excluidas. El proceso docto por el posterior derecho común conoció un verdadero juez pasivo. Así se ve en la etapa de recepción de la prueba la participación del examinador y la propuesta de solución jurídica, sin embargo la conclusión de una sociedad de constitución democrática sería más que falsa. El desarrollo angloamericano hacia el juez pasivo podría apoyar la tesis fundamental, ya que en los hechos Angloamérica ha conseguido la democracia más confirmada y estable. Igualmente considerando los Estados Unidos de América sin consideración a los antiguos habitantes indígenas y por largo tiempo al pueblo de

O juiz se torna parte do processo judicial no papel extraprocessual. Assumir uma função deste cunho implica em ressignificar seu papel junto à função processual – em plena *summa potestas* - que passa a ser de uma figura ativa, acercado pelo princípio dispositivo e o contraditório (ambos ressignificados) para formar uma colaboração reativa das partes. Tanto as partes como o juiz são responsáveis pela tramitação, impulso, término e criação do direito, pois a *potestas* proveniente da administração é responsável por legitimar a decisão judicial proveniente da *auctoritas* judicial. Por esta função, o Estado busca não ser um mero “resolutor de conflitos” – responsável pela adequação da normativa ao suporte fático – mas busca fins como a justiça social “...cuando el Estado es concebido como gestor, la administración de justicia parece estar decidida al cumplimiento de los programas del Estado y a la implementación de sus políticas. En contraste, cuando el Estado se limita a mantener el equilibrio social, la administración de justicia tiende a asociarse con la resolución de conflictos.”^{714,715}

raza negra. Sin embargo, en el origen del proceso romano y el proceso docto permitirán a los jueces indicar las pruebas y el derecho, y por cierto en esta tradición el juez es en realidad aun pasivo. La estructura política y social -en especial cuando se compara Francia e Italia con los estados sudamericanos- es muy cambiante y diferente. Esta forma procesal ha sobrevivido incluso a época totalitarias. El juez alemán del absolutismo ilustrado prusiano con su tendencia al estado de bienestar fue muy activo, los abogados incluso fueron suprimidos en favor de quienes lo reemplazaron, los Consejeros de Estado. De esta manera luego viene la corta época del proceso prusiano en el Gobierno de los Federicos con otra orientación. El cuadro alemán posterior fue sin embargo contrario a esta tesis fundamental: el juez del siglo XIX, el del derecho jerárquico en la época de Wilhelm y el de la república de Weimar, incluso el del tercer Reich fue en realidad más pasivo que el de la larga democracia alemana de posguerra. ¿Será que ello se corresponde con la referencia a Inglaterra y al “*managerial judge*” contra la actual cerrada constitución democrática? El juez activo del proceso austríaco puede muy bien ser considerado como un reflejo tardío del pensamiento de estado de bienestar alemán, el que sin embargo ha sobrevivido más que más hacia la democracia. Así se vincula la fuerza de la democracia con el traspaso hacia un juez activo. Aun cuando se pueda coincidir en que el juez civil inquisidor da una imagen de constitución jerárquica estatal, como era conocida de alguna manera en los estados socialistas, ésto al menos en teoría. (STURNER, Rolf. Derecho Procesal y Culturas Jurídicas. **Revista Ius et Praxis**, n.º13 Pp. 435 - 462, 2007)

⁷¹⁴DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. P. 26.

⁷¹⁵El juez como uno de los sujetos procesales del proceso judicial, asume función jurisdiccional bajo unos lineamientos que previamente le ha indicado el mismo Estado tomando en cuenta el sistema procesal de que se trate. Es así como hoy con la nueva tendencia en el derecho procesal contemporáneo está llamado a replantear su rol dentro del proceso para convertirse en Gerente del proceso, en director del mismo a fin de darle mayores garantías a las partes y resolver de forma célere el conflicto entre ellas. Es decir, el proceso hoy tiende a la modernización, a asumir un nuevo rol al interior del proceso por parte de los sujetos procesales, a implementar de forma verdadera lo que en otros lugares han denominado la publicización del proceso. (...) Asumir su función como gerente del proceso, *implica una resignificación de su rol al interior de la jurisdicción*, en donde su sentido, hacer e impulso en el proceso debe cambiar. Para ello debe contar con una posición proactiva y más pragmática en la solución del conflicto, cuya finalidad además de velar por los derechos de los sujetos procesales, sea darle celeridad al proceso. Es decir, bajo esta nueva tendencia la función del juez debe ser repensada, en donde ya no debe actuar como un mero espectador o sujeto pasivo, sino como un actor proactivo. Con base a ello es que las reformas procesales en el mundo han girado hacia la publicización, democratización, humanización, visión social o cooperativa del proceso, cuya incidencia en la función del órgano jurisdiccional es notable, al orientarse a que éste asuma una posición dominante y superior en el proceso con relación a las partes, pero entre las cuales debe existir un diálogo para la formación del juicio. Es decir, el juez además de ser gerente del proceso, dirigirlo y gestionar su despacho, debe acercarse a las partes y permitir que éstas dialoguen entre sí y con él, pues una de las finalidades de la nueva tendencia procesal es que realmente exista la colaboración en el proceso entre el juez y las

Es en el momento del juicio donde radica la grandeza y al propio tiempo la miseria del derecho. Se ha planteado un problema jurídico ante una persona que debe resolverlo. Para resolverlo es preciso encontrarse por encima de las partes. Y sin embargo, el juez no está super partes: es una parte a más, sujeta, como tal a todo género de pasiones y errores.⁷¹⁶

Com efeitos de uma maior atribuição dos poderes ao Estado-Juiz sob o fenômeno do Ativismo Judicial, que cunhou na formação da divisão dos poderes, desarticula-se de tal modo a maneira pela qual o Judiciário atua na sociedade. A politização da vida, o distanciamento dos representantes eleitos, a ausência de resposta aos problemas da sociedade contemporânea pelo Legislativo acaba por rearticular as atividades e funções dos poderes e, assim, da mudança das relações entre o poder judiciário e os outros sujeitos e poderes institucionais.⁷¹⁷

Um dos motivos da rearticulação Estatal em um modelo de Estado Ativo-Responsivo atinge o seu ponto fulcral com a juridicização dos contextos complexos e plurais geradores de incerteza produzida pela sociedade. A sociedade exige um Estado Ativo-Responsivo com instituições que atuem para o fim de construir uma organização voltada para objetivos claros e livres da camisa de força da autoridade burocrática. A democracia participativa reestrutura a

partes, es decir, ambos son corresponsables de su tramitación, impulso, terminación y satisfacción del derecho sustancial debatido. Al respecto y desde las ciencias de la organización y la administración se ha afirmado que para una persona gerenciar es necesario que cuente con los siguientes elementos: La actitud, la confiabilidad y responsabilidad, habilidades para resolver los problemas que se le presenten, integridad y honestidad, habilidades para el servicio con el cliente, que para el caso del juez es su relación con las personas que hacen uso del derecho de acción, motivación a fin de generar resultados de eficiencia, capacidad de trabajar en equipo, ya que si se está en un sistema democrático es importante la participación de todos los que en el proceso están involucrados, conocimiento y liderazgo como aspecto fundamental, ya que además de dirigir el personal del juzgado, debe dirigir la actuación y los sujetos procesales. (GIRALDO, Liliana Damaris Pabón. **El Juez como Gerente del Proceso Civil: reto en la nueva tendencia del derecho procesal contemporáneo**. Ediciones Nueva jurídica Tendencias contemporáneas del derecho procesal. Bogotá: Ediciones Nueva jurídica, 2017. P. 531-532)

⁷¹⁶DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.69.

⁷¹⁷Após a Segunda Guerra Mundial, contudo, assistiu-se uma contrastada, embora progressiva, recuperação do poder dos juizes. A expressão “poder judiciário” tornou-se assim de uso comum. [...] Depois da instituição de órgãos de garantia, os juizes dos nossos dias exercem, antes de tudo, o seu poder de modo independente e autônomo em relação a outros poderes institucionais, do sistema político em sentido lato, e ainda aos grupos de pressão organizados. A independência e a autonomia em sentido forte constituem atributos próprios do poder do juiz, entendido como estrutura e, assim qualificações da magistratura como instituição. [...] O fenômeno mais relevante, contudo, é representado pela desarticulação do modelo tradicional, da rearticulação dos poderes e, assim, da mudança das relações entre o poder judiciário e os outros sujeitos e poderes institucionais. [...] Conflitos sempre mais recorrentes apaixonam, mas por fim desorientam a opinião publica. O problema das relações entre juizes e políticos tornou-se um nó difícil e perigoso. [...] A verdade é que a situação atual termina por colocar em discussão os próprios pressupostos da jurisdição, que concernem à formação do Estado moderno e, por via de consequência, à própria organização dos poderes e da relação entre os poderes. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 27-29 e 12)

jurisdição com uma dinâmica dialética e dialoga formando uma *potestas* política, trazendo o debate aos cidadãos ativos^{718, 719, 720}

⁷¹⁸La potestad política viene exigida por la necesidad de cumplimiento del fin de la *polis*. Pero, a su vez, la *polis* viene exigida por el cumplimiento de los fines humanos (naturales, en el sentido de “mundanales”), afirma Suárez. Así pues, el preámbulo justificativo de la existencia del poder está constituido por la natural exigencia de la vida política; dicho en otros términos, la necesidad y naturaleza del poder se fundan, en última instancia, en la politicidad natural. [...] La cuestión de la existencia del poder político (*potestas jurisdictionis*) aparece encuadrada en Suárez dentro de una formalidad ético-política, es decir, se trata de determinar si es lícito que un hombre obedezca a otro, o si esto contraría la natural libertad y dignidad del hombre, así como el orden natural. O si, en definitiva, el poder se origina en la necesidad de conjurar las consecuencias de un defecto moral de los hombres (en el dogma cristiano, la caída que consiste en el pecado original que dañó la naturaleza humana). En este último caso, el poder político sería lícito en el actual estadio histórico de la naturaleza humana (signado por el pecado), en la medida en que se encontraría fundado en la previa presencia de un mal. rez cita la paradigmática y autoritativa objeción de Gregorio Magno. La prelación de unos hombres sobre otros, es decir, el mando, decía este papa, se origina en la diversidad de méritos de cada uno, y esta diversidad es causada por las faltas morales (*ex vitio*). Los padres del género humano (antes del pecado original) son recordados como pastores de ganado, mas no como reyes de hombres; pues el hombre tiene por naturaleza prelación sobre los animales, y no sobre otros hombres. Pero las tesis de Suárez son taxativas: el poder temporal del magistrado civil es justo y condicente con la naturaleza humana; el principado político es justo y legítimo; la potestad es algo en sí mismo bueno (*est simpliciter res bona*) y digno de gran estimación. Como también dirá enseguida, la potestad política es necesaria con necesidad de fin, es decir, obligatoria. A su vez, esto último comporta que deba haber autoridad en la sociedad, y, en consecuencia, que ella deba ser obedecida por los ciudadanos. La razón de la anterior afirmación la halla Suárez expuesta en Aristóteles, y desarrollada por Tomás de Aquino y Juan Crisóstomo. Hay una inclinación natural y recta en el hombre a vivir en comunidad, ya que es un animal social. Tal inclinación se concreta, en la formación de dos grupos sociales, a saber, la familia, comunidad imperfecta, y la ciudad, comunidad perfecta. La primera no basta para reunir en su seno todos los medios y servicios necesarios como para satisfacer todo lo exigido por la vida humana, y mucho menos se basta para el alcanzar el conocimiento de todo cuanto es necesario saber. A esta primera razón Suárez agrega, pero en segundo término, la conveniencia de la unión para la mutua defensa, y la paz. Del principio de politicidad natural fundado en la necesidad del bien común político se desprende la respuesta del Eximio a Gregorio Magno. Éste se habría referido a la potestad de gobierno, pero entendida como facultad y ejercicio de la coacción. Sólo en ese sentido concede Suárez que quepa aceptar la legitimación del poder por el mal moral. Pues la función directiva del poder político habría existido incluso en estado de inocencia. En efecto, la exigencia de la vida social y de todo lo que es necesario a ésta para su conservación no se explica por el pecado ni por desorden alguno, sino por la condición humana, dado que el hombre es un animal social y político, y la sociedad política, a su vez, exige el ejercicio de la potestad pública. [...] La *potestad* política como función de naturaleza bipolar de dirección racional hacia el fin común, necesaria e inderogable, presupuesta la existencia de una comunidad política, recae en titulares particulares que la ejercen. Esto equivale a afirmar que el mando político no tiene por titular a la colectividad sobre la cual se irradia el imperio, sino a quienes efectiva y personalmente ejercen la potestad. No son titulares del poder político quienes hacen caso, ni el conjunto de quienes mandan más quienes obedecen, sino sólo quienes ejercen el poder político. (COSTAÑO, Sergio Raúl. **Lecturas críticas sobre el Poder Político**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. P. 111-113)

⁷¹⁹A ampliação do direito de participação vai além de aumentar o valor democrático da ordem legal. Pode também contribuir para a competência das instituições judiciárias. A tendência das organizações modernas a estimularem a decisão participativa é um esclarecedor análogo. O novo estilo de administração copia muita coisa da experiência (e da retórica) da democracia, mas constiui-se, sobretudo, de um meio para o fim de construir uma organização voltada para objetivos claros e livre da camisa de força da autoridade burocrática. A organização pós-burocracia não se preocupa tanto com a regularidade administrativa. Antes, ela pressupõe um contexto em que o valor da racionalidade seja firme e indiscutível e a manutenção da integridade oficial deixe de ser uma questão prioritária. O problema específico da organização pós-burocrática é aumentar a participação, incentivar a iniciativa e a responsabilidade, criar o que Barnard chamou de sistemas cooperativos capazes de canalizar as contribuições autônomas de muitos de seus membros. Numa organização dedicada a uma finalidade, a autoridade deve estar aberta à participação, estimular a discussão e deliberação coletiva, explicar os motivos das decisões, acolher positivamente as críticas, encarar o consentimento como uma prova de racionalidade. (NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 152-153)

⁷²⁰Todo esto tendería un puente entre Ockham y la filosofía política de Aristóteles cuando éste concibe la familia como núcleo primero a partir del cual surgen primero el pueblo, luego la ciudad, y com ésta la potestade política em sentido próprio. Sin embargo, una comparación entre el Dialogus III, I, Lib. II, cap. 3, y aquellos pasajes del

Possibilita a participação direta no processo e formas de controle deste, que garantem uma influência sobre o juiz e vice versa, que serão expressadas na fundamentação através do *ius facere*, sendo este último o portador da *auctoritas*.⁷²¹ Aos juízes não pertence a administração da justiça, pois esta se mescla com o poder democrático do cidadão, sendo a administração um legitimador da decisão judicial proferido pelo juiz, com independência quanto à influência do juiz neste âmbito da jurisdição⁷²²; ou seja, não pertence nem ao Estado, nem somente ao Juiz⁷²³: “*una serie di circostanze storiche hanno comportato che dal XVII al XX secolo lo Stato moderno si sia arrogato il monopolio della giurisdizione; ma il potere giurisdizionale storicamente preesisteva e non si risolveva necessariamente in una funzione dello Stato.*”⁷²⁴

Breviloquium que se dedican a los orígenes, ofrece enseguida una diferencia: si em el primer caso la esclavitud aparece como como terceira gran relación em el seno de la casa, em el segundo silencio. Lo que allí extranã al sonar como aceptación de la potestad despótica, que se ejerce sobre los siervos como si fueran cosas em favor próprio. (EGUREM Esteban Peña. La Filosofía Política de Guillermo de Ockham: relación entre potestad civil. Madrid: Encuentro, 2005. P. 208)

⁷²¹Desde este perfil, resultan claras las conexiones entre obligación de motivación y “participación del pueblo en la administración de justicia”. Por un lado, las formas de participación directa en el proceso materializan (con los límites del caso) formas de control en el transcurso del procedimiento, ideales para garantizar indirectamente una especie de influencia externa sobre el juez, pero, con la única y discutible excepción del jurado popular, no materializan la participación (y, por lo tanto, el control sobre el juez) en el momento específico de la decisión. Se trata, entonces, de formas de interferencia anticipadas, y por lo mismo indirectas, sobre el juicio, de por sí inútiles, pero que se detienen en el umbral del juicio mismo, más allá del cual el “monopolio del poder” vuelve a ser reservado solamente para el juez como órgano estatal. (TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. P.356)

⁷²² En este sentido puede decirse que los jueces no somos los titulares de la administración que se pone a nuestro servicio como soporte personal y material del ejercicio de la jurisdicción. (MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Jueces y Jueces para la Democracia**. Disponível em <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2017/01/II-PONENCIA-JpD-y-la-Administracion-de-Justicia-Carlos-Gomez.pdf>> Acessado em 03/02/2018)

⁷²³Les anciens jurisconsultes français ont combattu pendant trois siècles les justices seigneuriales au profit de la maxime toute justice émane du roi; et pour anéantir la juridiction des seigneurs, ils ont exagéré la juridiction royale. Aujourd'hui que les justices féodales ont succombé avec la féodalité, le principe que la justice est une émanation de la souveraineté trouve à son tour des contradicteurs; et, au moment où l'assemblée nationale proclama en 1789 cette maxime, restée depuis lors constitutionnelle en France, la justice est rendue au nom du souverain, Bentham, qui, de la rive d'Angleterre, contemplait le travail des législateurs français, protesta contre cette doctrine, qualifiée par lui de fiction mensongère. Pourquoi, disait-il, attribuer au chef de l'Etat une justice que celui-ci n'aurait pas le droit de rendre? Si la justice est l'oeuvre exclusive des juges, leur nom seul devrait alors être placé en tête de leur ouvrage (BORDEAUX, Raymond **Philosophie de la Procédure Civile**. Paris: Evreux, 1857. P. 127-128)

⁷²⁴La nuova concezione secondo cui giurisdizione e sovranità sono connesse in modo inseparabile rappresenta, peraltro, solo l'inizio di un lungo e controverso processo storico. Mutamenti del genere si realizzano con gradualità e attraverso una serie di passaggi intermedi. Con l'approssimazione inevitabile nel disegno complessivo dei grandi movimenti culturali che si sono sviluppati fra il XVII e il XIX secolo, può intravedersi una duplice linea evolutiva. In una prima fase, la giurisdizione nell'antico regime era estremamente frammentata in una serie di organi di diversa origine e di differente autorità che esercitavano funzioni giudiziarie, in via esclusiva e in via cumulativa, con funzioni politiche, consultive o amministrative. Ad esempio, a Napoli, ancora agli inizi del XIX secolo, erano insediati 114 organi investiti di poteri giurisdizionali, alcuni dei quali godevano della c.d. abdicativa o privativa nei confronti di qualsiasi altra magistratura. L'istituzione, o la ricostituzione, nei singoli Stati di Tribunali supremi (Rote, Senati, Regi Consigli, Consulte ecc.) contribuì alla unificazione del diritto nell'ambito dello Stato e, in qualche misura, anche all'armonizzazione fra diversi Stati, ma non valse ad eliminare il particolarismo delle giurisdizioni, complicato ulteriormente dal sistema delle immunità e dei privilegi del foro. La frammentazione, a sua volta, non poteva non incentivare conflitti di giurisdizione e/o di competenza e, quindi, incertezze nel riparto del potere giurisdizionale. A volte la confusione era, inoltre, accresciuta dal frequente uso improprio della

As partes são desveladoras do fenômeno conflitológico de interesses através da formação e desenvolvimento dos objetos (do processo e do debate processual) e com a governança processual das partes que refletem dinâmica social na dinâmica processual para que firme a legitimidade aclamada ao accertamento da compreensão hermenêutica.

En definitiva, esta nueva justicia democrática pasa por permitir y promover la participación abierta y decidida de la gente en la solución justa de sus conflictos y problemas. Será democrática porque deja de ser exclusivamente estamentaria, en el sentido de que el estamento de jueces, con el auxilio de abogados y fiscales no tendrán el monopolio de la búsqueda y determinación de la justicia. La gente con su sentido común puede también participar en la definición de qué es justo y qué no lo es. Dicha participación puede darse en los propios procesos judiciales formalistas o por medios alternativos. Por supuesto, para ello es necesario modificar el sistema de justicia en una dirección que permita su democratización -intervención de la gente en su determinación y funcionamiento-, como que éste pueda permear todos los espacios de la vida social -acercar el sistema de justicia a la comunidad y sus miembros-.⁷²⁵

ricusazione. In una seconda fase, sotto l'influsso dell'illuminismo maturò, invece, il progetto di fare della giustizia un sistema "sicuro ed ordinato". Occorrerà, però, attendere la Rivoluzione francese e la legislazione napoleonica perché venga affermato un nuovo modello organizzativo: il monopolio statale della giurisdizione. I difetti della giustizia dell'Ancien Régime erano stati, innanzitutto, amplificati e volgarizzati nei cahiers de doléances³⁸. Infatti, sui temi qui in esame, dai cahiers emerge, da un lato, la richiesta generalizzata di sopprimere le forme di giustizia feudali o municipali a vantaggio della sola giurisdizione che si ricollega alla sovranità nazionale, quella del re³⁹; dall'altro, la richiesta, altrettanto generalizzata, di abolire le commissioni straordinarie, le avocazioni e, in genere, gli strumenti tipici della justice retenue da parte dei re. Aboliti i privilegi di classe e di ceto, con la legislazione rivoluzionaria e poi definitivamente con quella napoleonica, si provvide invece, a smantellare, nell'Europa continentale, la pluralità delle giurisdizioni e ad affermare l'unicità e la statualità della giurisdizione⁴³. Emblematica resta la formula adottata dalla legge napoletana del 2 agosto 1806 che, all'art. 3, stabiliva: "tutte le giurisdizioni baronali sono reintegrate alla sovranità dalle quali saranno inseparabili". In altri termini, lo Stato ormai rivendica il monopolio della giurisdizione, non ammettendo più che istituti o persone diverse possano istituire giudici. L'assioma della giurisdizione quale emanazione della sovranità era, poi, destinato a saldarsi, da un lato, con il principio della statualità della procedura, e, dall'altro, con la concezione del giudice funzionario dello Stato. In effetti, se la giurisdizione è esercizio di un potere sovrano, lo Stato può investire solo un giudice suo funzionario che, come tale, spende l'autorità dello stesso Stato. In secondo luogo, poiché si tratta di un'attività pubblica, il sistema giurisdizionale assume un carattere gerarchico, precostituito e controllato esclusivamente dallo Stato. Conseguentemente, anche la disciplina del singolo processo viene ricompresa nell'ambito del diritto pubblico e le è attribuito un carattere rigidamente statale. Il giudice funzionario, in definitiva, è tenuto a rispettare le regole di procedura fissate dal sovrano legislatore (lex fori), che, a partire sempre dall'epoca moderna aveva iniziato a riservare a sé anche il monopolio della legislazione processuale. Si sono venuti così costituendo tanti autonomi ed indipendenti sistemi giurisdizionali quanti sono gli Stati nazionali o territoriali. Il coordinamento fra i diversi sistemi non poteva non realizzarsi su base territoriale: ogni Stato deve riconoscere gli altri Stati come sovrani, entro i limiti dei rispettivi territori. Sovranità, territorio e giurisdizione sono divenute, così, tre nozioni che si sono intersecate ed hanno interagito con la conseguente coincidenza fra ambito della sovranità ed ambito della giurisdizione: la giurisdizione tanto si estende quanto la sovranità stessa. Per evitare l'isolamento e soddisfare le esigenze legate al commercio e al traffico internazionale, allo Stato non rimaneva che ricorrere allo strumento convenzionale. Nel XX secolo si è, infatti, registrato un ricorso sempre più accentuato alle convenzioni internazionali, prima bilaterali e poi anche multilaterali, in tema di procedura civile ed assistenza giudiziaria. Le convenzioni presuppongono, appunto, sistemi interni chiusi, di stampo nazionalistico ed operano una parziale limitazione della sovranità, e quindi della giurisdizione, solo a condizione di reciprocità. Conseguentemente, nell'ottica della sovranità, lo Stato moderno è diventato autoreferenziale: non ha accettato limiti diversi da quelli che esso stesso si è imposto. In definitiva, l'indagine storica e comparativa conferma la relatività del concetto di giurisdizione. (PICARDO, Nicola. La Crisis del Monopolio Statale. **Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche**. n.º 2, 2011. Pp. 43-78. P. 51-55)

⁷²⁵TORO, Julio César Fernández. **Participación Judicial y Gobernabilidad Democrática de la Justicia Formal a la Justicia Popular**. Disponível em: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol6/6-5.pdf>>. Acessado em: 23/05/2017. P. 9.

A administração da justiça é o reflexo de uma correspondência da ação pública com a realidade das necessidades individuais e coletivas, traduzidas cada vez de forma mais complexa e no sentido de criar novas complexidades e incertezas, articuladas e diferenciadas, pondo em cheque os modelos de administração.⁷²⁶ O cidadão ativo tenta escapar da estática do direito pela norma geral que, em sua crueza, evidencia perfil autoritário⁷²⁷; já o Estado Ativo-Responsivo se acercar na realização de um “*buen gobierno equivale a gobierno posible, atento a las circunstancias propias de cada pueblo.*”^{728,729}, voltado à adaptação social.

No plano da complexidade, da incerteza e do risco, inerentes ao nosso mundo, as soluções a serem dadas aos problemas colocam, portanto, desafios novos e em mudança, as

⁷²⁶A Administração da Justiça nasce da “carga excessiva de trabalho dos Tribunais, que pode, amiúde, traduzir-se de fato, num declínio da qualidade dos procedimentos e das decisões judiciais. Ademais, quando a questão levada a juízo concerne não já a relações jurídicas tradicionais inter-individuais, senão a mais vastos problemas sociais – como é o caso de certos pleitos que, frequentemente, envolvem inteiros grupos e categorias, em matéria de trabalho, assistência e previdência social, direitos civis, de tutela dos consumidores e meio ambientes – então, também, a figura tradicional (por mais ou menos ilusória que seja) do juiz como mero, passivo, neutro técnico do direito, fica completamente alterada.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 389)

⁷²⁷O enfraquecimento da autoridade moral das leis é um tacto geral e um facto normal; resulta da propria evolução da organização politica e do espirito humano. O que importa dizer que o legislador contemporaneo deve perder numa larga medida «a sua fé tranquilla em ser obedecido». Em França, particularmente, a autoridade moral das leis tem raízes pouco profundas na alma popular. O appello constante á intervenção do Estado não produz de modo nenhum o respeito da legalidade; o regime do favor, que resulta do esforço perseverante desinvolido por cada cidadão para escapar pessoalmente á applicação da regra commum, é uma transposição democratica da paixão do privilegio e por conseguinte um legado do antigo regime. As revoluções e os golpes d'Estado, em vez de corrigirem na nossa mentalidade o mysticismo do Estado soberano, mostrando-nos a fragilidade dos seus fundamentos, sómente nos téem ensinado como por um lance feliz qualquer se apodera da soberania legislativa e governamental. (CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938. P. 216-217)

⁷²⁸COSTAÑO, Sergio Raúl. **Lecturas críticas sobre el Poder Político**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. P. 206.

⁷²⁹[...]en la estructuración de las sociedades modernas, la institucionalización del Derecho es esencial para la coordinación de la acción. La Administración de justicia, en ese esquema, cumple la función específica de estabilizar expectativas normativas, y por lo mismo es un presupuesto específico de la libertad general de acción. (WIELMANN, Javier. La Administración de Justicia como un Bien jurídico. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. Año XXXVI, Valparaíso, Chile, 2011, Pp.531-573. P.556)

quais a instituição pública mais bem equipada também pode enfrentar dificuldades crescentes: por isso a necessidade de repensar as atuais configurações.^{730,731}

A tutela a partir do fenômeno conflitual de interesses não pode cercar-se da rígida cisão científica entre questões de fato e de direito, pois deve ultrapassar com a dinâmica processual o direito como Lei, buscar a politização do direito pela adaptação existencial pela manifestação de vontade frente ao objeto processual formal ou substancial e com isso estabelecer uma governança processual ativa e responsiva frente a colaboração reativa.^{732, 733}

⁷³⁰Tutto ciò non va disgiunto da finalità di un tipo che può dirsi latamente efficientistico o, meglio, di rispondenza dell'azione pubblica alla realtà dei bisogni individuali e collettivi. In ogni epoca tale necessità ha provocato problemi di difficile soluzione, nonostante l'elevato impegno posto dallo Stato moderno nella edificazione d'un sistema amministrativo raffinato. Perciò essa va a intrecciarsi con i problemi della riforma amministrativa, che è di quelli perennemente all'ordine del giorno⁶⁹. Le difficoltà sono sempre derivate dall'intreccio dei fatti e delle loro particolarità, degli interessi, delle esigenze e della relativa differenziazione, che si presentano in seno alla società. La risposta è stata finora quella di strutture pubbliche a loro volta sempre più differenziate e via via maggiormente fondate su saperi esperti e altamente tecnicizzate. Ma negli ultimi decenni fatti, interessi, esigenze si sono resi sempre più complessi, articolati, differenziati e si sono sempre più arricchiti di componenti che fanno appello a una scienza e a tecnologie sempre più capaci e raffinate e, insieme, sempre più discutibili e incerte nelle teorie che le reggono e nelle applicazioni. Nei paradigmi del diritto amministrativo, il vecchio e il nuovo di queste situazioni si traducono in complessità crescenti dell'interesse pubblico – categoria ormai varia e sfrangiata –, della discrezionalità e dell'accertamento e discrezionalità tecnica, del procedimento. Nel regno della complessità, dell'incertezza e del rischio che è il nostro mondo, le soluzioni da dare ai problemi pongono dunque sfide inedite e cangianti, alle quali con difficoltà crescente può tenere testa anche l'istituzione pubblica più attrezzata. Da ciò deriva l'utilità, anche sotto questo profilo, della chiamata della società coinvolta a dire la sua in vista delle decisioni pubbliche. (ALEGRETTI, Umberto. **Democrazie Partecipative: un contributo alla Democratizzazione della Democrazia**. Disponível em: <<http://www.fupress.com/archivio/pdf/3951.pdf>>. Acessado em: 31-11-2017. P. 29-30)

⁷³¹El campo de la administración de justicia no se sustrae a este panorama. Las crisis sociales y políticas provocan una conmoción tal que se acaba por cuestionar la adecuación entre los principios y la realidad, entre lo proclamado y lo realmente vivido. Las expectativas jurídico-materiales de los diversos sectores sociales, la exigencia del reconocimiento institucional de nuevas relaciones jurídicas que compensen el desequilibrio producido por la acumulación capitalista, el nacimiento de nuevas modalidades de la práctica social y política, chocan contra la esclerotización de un sistema que ya en sus Orígenes funcionaba al servicio de las clases dominantes. Pues bien, es esa misma dinámica social la que fuerza a un cambio de visión acerca del rol o de la imagen del juez. No se puede seguir sosteniendo la de la neutralidad e independencia en un contexto plagado de contradicciones inherentes al sistema. Estas contradicciones arrastran a los distintos elementos del todo social, les imprimen su huella. La máquina de la justicia trabaja al ritmo y con los desequilibrios que le imponen las fuerzas dominantes. Se hace necesario, por tanto, el compromiso y la toma de partido: la integración social de la función judicial y su puesta al servicio de la liberación humana. Es decir, se hace necesario corregir y potenciar el funcionamiento del aparato de la justicia a fin de que pueda contribuir, desde un principio, a una transformación social que haga desaparecer toda irracionalidad. Si eso es así a nivel estructural, mucha mayor es la necesidad de una toma de conciencia del propio rol en una coyuntura crítica como la que estamos viviendo en nuestro país, caracterizado por un cambio sustancial – de momento – en las opciones políticas. (SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica**. México. Distribuciones Fontamara. 1999. P. 110)

⁷³²Por administración de justicia se entiende aquí el conjunto organizado de personas y medios materiales encaminados a hacer posible y eficaz el ejercicio de la jurisdicción. La Administración de Justicia así concebida es una responsabilidad compartida en la que confluyen el trabajo judicial, el de la secretaría y el de cuerpos profesionales colaboradores de la justicia. Este complejo organizativo es, además, competencia de varias administraciones. (MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Jueces y Jueces para la Democracia**. Disponível em <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2017/01/II-PONENCIA-JpD-y-la-Administracion-de-Justicia-Carlos-Gomez.pdf>> Acessado em 03/02/2018)

⁷³³Mattos propõe a superação do modelo Burocrático determinado a administração da justiça ao Estado Respostivo e a possibilidade de uma administração voltada a gestão pública, assim assegurando as seu cidadãos ativos uma melhor e satisfativa Jurisdição, eclíptica, que: Até aqui, através do modelo de administração burocrático, típico do Estado Liberal (Estado Reativo), a administração era gerida com base num modelo hierárquico de

O papel da Administração da Justiça, como serviço público, para o de uma organização judicial, aproxima o Poder Judiciário, não desde o ponto de vista do Juiz, mas, sim, desde o ponto de vista do cidadão ativo, como é próprio de uma organização formada por um Estado Ativo-Responsivo.^{734, 735} O acesso ao direito a justiça associa-se com a efetividade de direitos

burocracia, composta por funcionários, admitidos com base em concursos, neutrais nas suas decisões e cujo objetivo é o interesse geral, cabendo aos políticos a decisão e formulação dessas políticas. Como ponto negativo deste modelo era comumente apontado o uso excessivo de formalismos geradores de uma cultura de elevada resistência à mudança. Em contraponto, nas últimas décadas do século XX começou a desenhar-se um novo modelo de gestão pública, caracterizado, no essencial, por uma gestão profissional, de tipo empresarial, fomentando-se a responsabilidade partilhada das decisões. Deste modo, em termos teóricos, o já referenciado *new public management* envolve a defesa da gestão empresarial em detrimento da gestão pública, considerada burocrática e ineficiente, resultando, em termos práticos, da adopção da administração empresarial três consequências a reter: a primazia do mercado, a redefinição das estruturas organizativas e a insistência em indicadores de performance (ex Brasileiro CNJ em números). Os utilizadores da administração pública são enquadrados como consumidores, ou clientes, com a consequente introdução de mecanismos de gestão e avaliação de qualidade. Em relação aos gestores e dirigentes públicos, exige-se que tenham capacidade de liderança, mobilização dos funcionários, assumindo a responsabilidade de obtenção de resultados. A presente concepção dos novos objetivos da Administração Pública levou à administração de um novo modelo de administração e gestão, o Modelo da Qualidade Total, baseado nos fundamentos do modelo *restonário* e que parte de um modelo europeu de excelência de gestão pela qualidade consagrado pela Fundação Europeia para a Qualidade de Gestão, criada em Bruxelas em 15 de setembro de 1988. Constituem princípios organizacionais fundamentais da nova concepção de administração pública a liderança, a motivação dos funcionários, o desenvolvimento de uma cultura organizacional, a comunicação e, finalmente, a introdução de novas tecnologias. A adoção de um conjunto de reformas em vários países vem, pois, produzindo novas políticas estruturais em níveis da administração judiciária e da gestão processual com implicações profundas e controversas na atividade diárias dos tribunais e dos juizes. (MATOS, José Igreja. Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 117-118)

⁷³⁴La concepción de la administración de justicia como servicio público conserva hoy una gran potencialidad como vía de profundización en el Estado de derecho. Que la justicia funcione es garantía de que los derechos de los ciudadanos que los jueces estamos llamados a tutelar no quedan en meras declaraciones constitucionales o legales. La administración de justicia es indispensable para la realización del principio de efectividad de los derechos, de la libertad e igualdad de los individuos y grupos. (MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Juezas y Jueces para la Democracia**. Disponível em <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2017/01/II-PONENCIA-JpD-y-la-Administracion-de-Justicia-Carlos-Gomez.pdf>> Acessado em 03/02/2018)

⁷³⁵L'évolution récente de la procédure civile française se caractérise par la nécessité d'avoir une justice de qualité répondant aux exigences de célérité. Ces deux termes sont devenus les leitmotivs du nouvel ordre public procédural qui justifie aujourd'hui l'augmentation des pouvoirs du juge. Véritable «garantie procédurale» qui tend à assurer le bon déroulement de l'instance, le droit au délai raisonnable est une exigence d'ordre public. Ainsi que le souligne le Professeur Sudre, «cette durée «raisonnable» de la procédure préserve la crédibilité de la justice et son efficacité». Le délai raisonnable est aujourd'hui présenté comme un droit subjectif et comme un principe directeur du droit processuel. Il peut être défini comme «une exigence générale applicable à l'ensemble des contentieux, dont il doit être tenu compte dans toute l'architecture de l'organisation processuelle et non plus seulement à l'occasion de procédures spécifiques». La Cour européenne a à plusieurs reprises affirmé que «l'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires mais il consacre aussi le principe plus général d'une bonne administration de la justice». Les exigences en matière de célérité sont en effet utilisées pour justifier la prise de mesures inspirées du «new management». Ce dernier «met l'accent sur le rendement, le productivisme et l'efficacité de l'exercice de la fonction juridictionnelle». Les justiciables ont un «droit au temps» parce que la justice connaît des lenteurs qu'il faut combattre. L'affirmation frôle le truisme. «Parler du temps en procédure c'est constater que les procédures sont trop longues». D'où la nécessité de trouver un équilibre entre la sérénité et la célérité de la procédure. Cet équilibre passe par l'appréciation du délai raisonnable. Celui-ci n'est pas le délai qui est choisi par les parties, ni celui qui est imposé au juge. C'est le délai normal, celui qui permet de mesurer un temps passé et un temps futur. Le délai raisonnable, c'est celui qui est apprécié au regard de critères dégagés par la Cour européenne, tels que la complexité de l'affaire, le comportement des plaideurs, la nature du litige, le comportement des autorités nationales. L'importance du délai raisonnable est telle que si dans un premier temps il a été envisagé comme une garantie du droit à un procès équitable, il doit aujourd'hui être envisagée comme une condition de l'effectivité d'un recours. En effet, depuis sa jurisprudence «Kudla», rendue en 2000, qui a marqué la consécration de l'autonomie du droit à un recours effectif, la Cour a imposé aux autorités nationales l'obligation de créer un recours

sociais, o que exige que o Estado se organize e o Poder Judiciário se fortaleça para possuir estrutura junto à administração da justiça capaz de catalisar todas as postulações. Assim “*a multiplicação das ações levadas aos tribunais mostra que o juiz está encarregado nas sociedades contemporâneas de compor as diferenças de toda ordem, em vista a preservar os equilíbrios sociais.*”⁷³⁶

La justicia como un bien y como un servicio puede considerarse aceptable por todos cuando reúne las siguientes tres condiciones: i) Que sea suministrada oportunamente; ii) Que sea administrada imparcialmente; y, iii) Que resuelva la situación de conflicto, que proteja ante un posible daño o lo repare si ha sido causado, que restablezca la seguridad jurídica, o que corrija las conductas y los actos de las personas. La primera, supone la eficiencia de los servicios judiciales para alcanzar un resultado esperado - la sentencia- en un lapso de tiempo considerado suficiente para ello -el proceso-. La segunda, supone un proceder transparente -el proceso-, así como que quien emite la sentencia -el juez- asume una actitud objetiva ante los hechos y se mantiene equidistante de las partes en conflicto. Y, la tercera, implica que el proceso judicial sea eficaz, resolviendo el asunto controvertido, removiendo el acto ilegal o sancionando la conducta indebida -la justicia-. Las tres condiciones que requiere la justicia para ser calificada como de calidad aceptable suponen, a su vez, la idoneidad de la organización -funciones, estructuras y recursos- encargada de ejercer la función judicial del Estado. Esta organización, a diferencia de las que tienen a su cargo el ejercicio de las funciones Ejecutiva y Legislativa, es mucho más compleja y suele estar compuesta por tres funciones asociadas a tres infraestructuras fácilmente diferenciables, en cuanto a su rol o aporte en el proceso de formación de la justicia como bien y como servicio. Lo que supone una dificultad extraordinaria para el Gobierno Judicial.⁷³⁷

As reformas da lei processual muito frisam o prazo razoável para prestação de tutela^{738,739}, o que irrupciona o exacerbamento da *eficiência* e da *satisfatividade juriscional*⁷⁴⁰.

interne utile sur le fondement de l'article 13 de la Convention en cas de non respect du délai raisonnable. Elle a ainsi considéré que l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, recours purement indemnitaire, qui prévoit la responsabilité pour faute de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice devait être exercé avant de saisir la Cour européenne. Cette décision constitue un revirement de jurisprudence qui fait suite à l'élargissement par la Cour de cassation de la notion faute lourde permettant d'engager la responsabilité de l'Etat. Si cette décision trouve sa justification dans la volonté de la Cour de réduire les recours dont elle avait à connaître, elle est également la marque d'une responsabilisation des Etats en matière de durée de la procédure. Les parties ne sont donc pas maîtresses comme elles le veulent de la matière litigieuse ce qui peut avoir une incidence sur le contenu même de la matière litigieuse. La réforme de la procédure d'appel l'illustre parfaitement ainsi qu'en témoignent les dispositions relatives au respect des délais d'émission des actes de procédure (A) ainsi qu'au contenu des actes de procédure (B). (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P. 306-308)

⁷³⁶CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. P. 150-154.

⁷³⁷TORO, Julio César Fernández. Los desafíos del gobierno judicial. Análisis y perspectivas de la reforma y gobernabilidad de los sistemas de administración de justicia. **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, n.º 10, 1998, Caracas, Pp. 1-19. P. 7-8.

⁷³⁸ENGELMANN, Wilson. **A Lei Processual e sua vigência temporal: aportes para uma teoria geral da (ir)retroatividade**. In: BOECHEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karín Regina Rick; SCARPADO, Eduardo.(orgs.). Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁷³⁹JOBIM, Marco Félix. **Direito à Duração Razoável do Processo**: responsabilidade civil do estado em decorrência da intempetividade processual. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

⁷⁴⁰Accepting the huge differences between judges at different levels in the judicial hierarchy, it is clear that the reforms of civil justice, together with resource pressures, have fundamentally changed the nature of the judicial

Nesse cenário, a *potestas* volta-se à prestação jurisdicional célere para com função jurisdicional. Ocorre aqui o que muitos chamam de gestão processual, a exemplo da calendarização, por exemplo, volta-se a dirimir os buracos deixados ao longo do processo pelo prazo morto.⁷⁴¹ A eficiência, porém, não pode ser um mero agilizador do tempo, pois a eficiência dependerá da complexidade do objeto do processo trazido como caso-problema; ainda mais se tratando de uma complexidade social que estimula a Ciência do Direito Processual a novos desafios: indivíduo, sociedade e direito encontram-se permeados pelo mundo de incertezas, pois “*Juízes*

role. These changes are probably greatest below the High Court and are visible around the world in the wake of the civil justice reviews discussed in Chapter 2. The post-Woolf judge in the civil courts is an active case manager rather than a remote and passive umpire. The new Civil Procedure Rules make clear that the overriding objective of ‘doing justice’ in the civil courts requires the judge to balance values of efficiency, equality, expedition, proportionality and careful allocation of the scarce resources of the court. Active case management includes encouraging co-operation between the parties; early identification of issues and summary disposal of as many issues as possible; encouraging, facilitating and, indeed, directing the use of ADR; helping the parties to settle the whole or part of the case; fixing timetables; considering the costs and benefits of taking procedural steps in the case; disposing of issues at the same time when possible; making use of technology and dealing with parties remotely if possible; and making directions to ensure that the case proceeds quickly and efficiently. One might be forgiven for thinking that the performance of the judiciary is evaluated more by reference to how they administer an efficient system rather than on substantive outcomes. (GENN, Hazel. **Judging Civil Justice**. Cambridge, New York, 2010. P. 172-174)

⁷⁴¹MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 171.

apontam que o fenômeno fere sua independência e voltam-se ao alcance de suas funções jurisdicionais em uma função de exigência de plena produtividade”.^{742,743, 744,745}

⁷⁴²MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 119.

⁷⁴³JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 3^a. Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

⁷⁴⁴L'évolution récente de la procédure civile française se caractérise par la nécessité d'avoir une justice de qualité répondant aux exigences de célérité. Ces deux termes sont devenus les leitmotivs du nouvel ordre public procédural qui justifie aujourd'hui l'augmentation des pouvoirs du juge. Véritable «garantie procédurale» qui tend à assurer le bon déroulement de l'instance, le droit au délai raisonnable est une exigence d'ordre public. Ainsi que le souligne le Professeur Sudre, «cette durée «raisonnable» de la procédure préserve la crédibilité de la justice et son efficacité». Le délai raisonnable est aujourd'hui présenté comme un droit subjectif et comme un principe directeur du droit processuel. Il peut être défini comme «une exigence générale applicable à l'ensemble des contentieux, dont il doit être tenu compte dans toute l'architecture de l'organisation processuelle et non plus seulement à l'occasion de procédures spécifiques». La Cour européenne a à plusieurs reprises affirmé que «l'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires mais il consacre aussi le principe plus général d'une bonne administration de la justice». Les exigences en matière de célérité sont en effet utilisées pour justifier la prise de mesures inspirées du «new management». Ce dernier «met l'accent sur le rendement, le productivisme et l'efficacité de l'exercice de la fonction juridictionnelle». Les justiciables ont un «droit au temps» parce que la justice connaît des lenteurs qu'il faut combattre. L'affirmation frôle le truisme. «Parler du temps en procédure c'est constater que les procédures sont trop longues». D'où la nécessité de trouver un équilibre entre la sérénité et la célérité de la procédure. Cet équilibre passe par l'appréciation du délai raisonnable. Celui-ci n'est pas le délai qui est choisi par les parties, ni celui qui est imposé au juge. C'est le délai normal, celui qui permet de mesurer un temps passé et un temps futur. Le délai raisonnable, c'est celui qui est apprécié au regard de critères dégagés par la Cour européenne, tels que la complexité de l'affaire, le comportement des plaideurs, la nature du litige, le comportement des autorités nationales. L'importance du délai raisonnable est telle que si dans un premier temps il a été envisagé comme une garantie du droit à un procès équitable, il doit aujourd'hui être envisagée comme une condition de l'effectivité d'un recours. En effet, depuis sa jurisprudence «Kudla», rendue en 2000, qui a marqué la consécration de l'autonomie du droit à un recours effectif, la Cour a imposé aux autorités nationales l'obligation de créer un recours interne utile sur le fondement de l'article 13 de la Convention en cas de non respect du délai raisonnable. Elle a ainsi considéré que l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, recours purement indemnitaire, qui prévoit la responsabilité pour faute de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice devait être exercé avant de saisir la Cour européenne. Cette décision constitue un revirement de jurisprudence qui fait suite à l'élargissement par la Cour de cassation de la notion faute lourde permettant d'engager la responsabilité de l'Etat. Si cette décision trouve sa justification dans la volonté de la Cour de réduire les recours dont elle avait à connaître, elle est également la marque d'une responsabilisation des Etats en matière de durée de la procédure. Les parties ne sont donc pas maîtresses comme elles le veulent de la matière litigieuse ce qui peut avoir une incidence sur le contenu même de la matière litigieuse. La réforme de la procédure d'appel l'illustre parfaitement ainsi qu'en témoignent les dispositions relatives au respect des délais d'émission des actes de procédure (A) ainsi qu'au contenu des actes de procédure (B). (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P. 306-308)

⁷⁴⁵Alguna vez señaló el maestro bonaerense Pedro Bertolino que las ideas que hoy se rotulan como activistas o eficientistas “se preocupan más por la existencia que por la esencia de las instituciones procesales”, y tenía razón. Sin darnos cuenta cabalmente, quien esto suscribe –y muchos otros– nos interesamos en mayor medida “por conocer el proceso y su circunstancia y no tan sólo por indagar sobre el proceso “cómo debería ser”. Dicho de otro modo: nos resulta más atractivo bucear en el proceso-real que en el proceso-virtual o programa, según el elegante decir de Barrios de Ángelis”. Cabe acotar que resulta difícil consignar caracteres definidos al existencialismo. Las diversas manifestaciones existencialistas provienen, por derivación inmediata o por condicionamiento problemático, de la especulación teológico-filosófica del pensador danés Soren Kierkegaard. De todos modos, debe admitirse que las primigenias ideas de Kierkegaard encontraron un feraz y extenso desarrollo en Jaspers, Heidegger, Sartre y Unamuno. Cierto es que los mencionados pensadores no siempre coinciden entre sí, pero al menos concuerdan en algo: esta nueva filosofía centra su problemática en el hombre concreto. El punto de partida no va a ser el cogito, sino el sum, en que el propio ego consiste. El sum se encuentra implantado en una situación que le es impuesta. Esta situación, única para cada hombre, es irrenunciable e incambiable. También a nosotros –y no estamos solos– nos convoca y entusiasma el proceso concreto, la necesidad de diseñar un Derecho procesal de excepción llegado el caso y la conveniencia de estar atentos permanentemente a las circunstancias reinantes que puedan legitimar ajustes en los mecanismos procesales predispuestos. Hacer Justicia en serio reclama como presupuesto insoslayable recuperar el interés por el proceso y por su circunstancia o situación, como preferirían

Para o ora trabalho, a eficiência do processo para a satisfatividade jurisdicional deve corresponder à complexidade dos objetos processuais (objeto do processo e do objeto do debate processual) bem como levando em consideração a relevância social do tema: esses são os pontos fulcrais para que se compreenda o que significa o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art.5º, LXXVIII CF). A tendência dos ordenamentos jurídicos processuais deve ser de corroborar uma maior eficiência nos atos processuais através de uma participação reativa das partes no processo, para que a administração da justiça não se resuma a uma atuação do julgador ou, por outro lado, que a potestas não se resuma à atuação do legislativo pela Lei – mas sim que se sedimente em uma construção da normativa individual pelo processo.

A preocupação de toda a tese não é de como o Estado-Juiz decide⁷⁴⁶, mas sim de como as partes encontram-se em nível de colaboração reativa^{747,748} e o quanto esse aspecto é dimensionado aos objetos (do processo e do debate processual), o qual apresenta-se como um jogo dialético-dialogal garantido pelo princípio dispositivo e pelo contraditório (ambos aderidos a normativa constitucional) que contribuem para ao desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses, desvelado pela compreensão hermenêutica, respeitando assim a ressemantização dos institutos processuais com a efetivação da democracia substancial que eleva os partícipes do jogo democrático a qualidade de cidadãos ativos⁷⁴⁹, o que se dá pelo Processo, exigindo sua politização pela democracia^{750,751}.

A fragilidade das justificações internas acerca do processo – justiça – demandam que se recorra a uma justificação externa da criação do direito pela decisão judicial, resultado aderido à eficiência e a satisfatividade da prestação jurisdicional; ou seja, o processo deve seguir a sua dinamicidade processual, respeitando o contraditório e o princípio dispositivo (*audiatur et*

decir los pensadores existencialistas. Concebimos al existencialismo procesal como una visión dinámica del fenómeno procesal, que viene a posibilitar la mejoría y el cambio en el funcionamiento del Servicio de Justicia. (PEYRANO, Jorge W. Acerca de los “ismos” en Materia Procesal Civil. **Themis- Revista de Derecho**, Perú, 2010, n.º 58. P. 26)

⁷⁴⁶RODRIGO, José Rodríguez. **Como Decidem as Cortes?** Para Uma Crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2014.

⁷⁴⁷OST, François. **¿Para qué sirve el Derecho?...** Para contar hasta Tres. In.: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2017, 40. P. 42-43.

⁷⁴⁸RIBEIRO, Darci Guimarães. La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, v. 40, p. 101-120, 2014.

⁷⁴⁹MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** A Questão Fundamental da Democracia. 7ª .ed.. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁵⁰RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 17, n.º 65, 2009, Pp. 53-68.

⁷⁵¹OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P. 715-717.

altera pars), o direito de defesa e a o equilíbrio entre liberdade e igualdade entre as partes - em sua colaboração reativa⁷⁵², garantindo que cada uma das parte adira-se ao direito de influência no tocante a construção de uma decisão posta sob a compreensão hermenêutica: um processo *justo*.⁷⁵³

Nesse mote apresenta como possibilidade a criação do direito pela construção das partes frente à colaboração reativa possibilitada pelo contraditório constitucionalizado, manifestando

⁷⁵²A tutela jurídica, que todos podem pretender, corresponde o dever de facilitar ao juiz o averiguado do direito mediante atuações processuais honestas e escrupulosas. Tarefa do juiz é procurar, mediante uma enérgica condução do processo e no estreito contato com as partes, que cada litígio, sem dúvida de sólida preparação, seja esclarecido e resolvido, de ser possível, em uma única audiência. Deve evitar retardamentos que não sejam iniludíveis e impedir que se dilate um processo mediante alegações intempestivas. Assim, a essência do processo civil moderno se encontra em uma comunidade de trabalho de juizes e partes, que devem preocupar-se conjuntamente em facilitar ao juiz a segurança do averiguado da verdade de restabelecer um procedimento vivo, a paz jurídica entre as partes em disputa e, com isso, de assegurar a paz na comunidade. (ROSEMBERG, Leo. **Da Jurisdição no Processo Civil**. Campinas: Impactus, 2005. P.17)

⁷⁵³L'evidente fragilità di tale meccanismo di giustificazione interna impone allora la necessità di ricorrere ad una giustificazione esterna del giudizio: ed essa si rinviene proprio nel procedimento di formazione della decisione. Per poter prestare fede al provvedimento giudiziario, occorre innanzitutto che il giudizio sia reso da un soggetto che non è parte, ossia da un terzo imparziale ed equidistante dai litiganti, il giudice appunto, senza il quale difetterebbe proprio la trilateralità del processo, che, secondo la nota definizione di Bulgaro, è un *actus trium personarum: actoris, reis et iudicis*. Come si evince anche dall'allegoria del processo di Saftleven, il giudizio della parte non è infatti un giudizio, almeno per il giurista, bensì un pre-giudizio. Deve inoltre risultare soddisfatta un'ulteriore condizione, ossia il corretto farsi del procedimento, id est il rispetto del principio del contraddittorio (*audiatur et altera pars*), del diritto di difesa e della parità delle armi fra le parti, che garantiscono a ciascuna di esse un diritto di influenza sulla formazione della sentenza. Ciò non emerge apertamente dalle suggestioni del quadro di Saftleven, ma la partecipazione attiva delle parti nel processo costituisce un elemento altrettanto necessario, al punto che il più il giudice è messo in condizione di valutare gli opposti punti di vista nel dialogo con le parti comportamento dei litiganti nell'agone processuale è regolato minuziosamente nei codici di procedura. Si tratta di regole animate proprio dalla speranza di fornire uno strumento per la formazione della decisione giusta, la quale è ovviamente tanto migliore quanto. La giustizia processuale, che consente di compiere quella scommessa sulla giustizia sostanziale della decisione, è quindi non solo condizione legittimante sotto il profilo sociale, ma anche condizione di validità della sentenza sotto il profilo giuridico. Pertanto, a differenza della correttezza nel merito del *decisum*, che è garantita dal giudice e che diviene priva di rilievo giuridico fuori dal processo, il rispetto delle regole processuali non può invece essere oggetto del giudizio del magistrato, che è invero il diretto destinatario di quelle regole: il giudice, insomma, se può giudicare le parti, che sono altro da sé, non può invece mai giudicare se stesso (anche per lui vale, necessariamente, la regola *nemo iudex in re sua*). Ne consegue che la nullità della sentenza non può mai essere giuridicamente irrilevante e che, anche dopo la conclusione del processo, è possibile denunciare i vizi processuali della decisione. Tale osservazione implica – e qui si introduce un complesso problema di secondo grado – che si potrà litigare anche sull'osservanza o meno delle regole processuali. È questo un riavvolgimento del processo su se stesso, che impone di compiere un giudizio con un particolare oggetto: quello sulla validità della decisione, che costituisce il compito, ancora più arduo ed angoscioso, dello studioso del processo, tanto che è stato acutamente osservato che “in ogni processualista c'è un filosofo occulto”. Come si è già rilevato, la decisione sugli errori processuali non può però essere affidata al magistrato davanti al quale quei vizi si sono consumati, spettando necessariamente ad un giudice diverso, che negli ordinamenti moderni è il giudice dell'impugnazione, il quale conosce pertanto non solo dell'ingiustizia sostanziale della sentenza, ma anche della sua invalidità processuale. Ciò non elimina però il problema, che si trasferisce in sostanza alle decisioni prese dal giudice di ultima istanza, non potendo ovviamente escludersi che, anche in tale sede, si verifichi *chino errores in procedendo*: in tal caso, soprattutto quando la decisione resa dall'organo di vertice riguarda il merito della controversia, deve ritenersi che la nullità (o, come talvolta si dice, l'inesistenza) della sentenza possa essere fatta valere anche al di fuori dei mezzi di impugnazione. (GRADI, Marco. *Cornelis Saftleven e l'allegoria del processo*. Disponibile em: <https://www.academia.edu/9663672/Cornelis_Saftleven_e_l_allegoria_del_processo> Acessado em: 30/01/2018.P. 162-164)

assim uma construção dialética do debate processual⁷⁵⁴, emancipados como sujeitos pela democracia participativa acabam por fundar uma grande *fábrica do direito* com os fenômenos existenciais postos à análise judicial. Despolitiza-se a figura simbólica do Juiz pelos cidadãos ativos politizadores do direito pelo fenômeno. Conforme conteúdo fruto das digressões que constam na tese, nesse novo contexto sócio-político (contemporâneo) a função judicial sustenta-se no *ius facere*, e não em um simples *ius dicere*:

Si por un lado hay que insistir en que la función jurisdiccional se resuelve en decir el derecho, esto es, en aplicar la legislación o, más técnicamente, en actuar el derecho objetivo en el caso concreto, por otro no cabe desconocer que esa función no puede limitarse a la realización de una operación lógica por un juez indiferente ante los conflictos de la sociedad. La norma jurídica general que enlaza a un hecho abstractamente considerado una consecuencia jurídica también abstracta, necesita ser individualizada caso por caso para tener sentido. Así la función jurisdiccional no puede reducirse a decir técnicamente el derecho en el caso concreto, sino que participa de la creación del derecho, en el sentido auténtico de la expresión. La sentencia es norma jurídica individualizada; individualiza la norma jurídica general continuando la labor de creación jurídica.⁷⁵⁵

A contratualização da ação pública, fruto da negociação na administração da justiça – autocomposição, jurisdição voluntária – é reflexo do reconhecimento do espaço de autonomia de que dispõe o cidadão junto ao Estado, passando para uma etapa de “governabilidade cooperativa”, inserindo-se, por este fato, na lógica de cooperação que se exige no direito atual.⁷⁵⁶

⁷⁵⁴RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate**: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do Novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Desvendando o novo CPC*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

⁷⁵⁵AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. P.53-54.

⁷⁵⁶A função de "regulador" doravante atribuída ao Estado na economia lhe impõe especialmente privilegiar a contratualização em face do enquadramento pela via regulamentar: o Estado não busca mais a impor a sua vontade pela coerção; ele discute com as empresas e se esforça em obter a sua colaboração, que não é jamais adquirida antecipadamente. Existem, então, em aparência pelo menos, engajamentos recíprocos e prestações equivalentes de dois parceiros, que são entendidos como discutindo em pé de igualdade: o contrato é o meio de traduzir esse acordo de vontades e de consignar os engajamentos assumidos pelas duas partes. O movimento de contratualização desborda largamente o domínio econômico para se estender aos diferentes campos de intervenção pública (ação social, meio ambiente, cultura) (CONSELHO DE ESTADO, 2008). Mais ainda, ele tende a ganhar a esfera das atividades tipicamente estatais: um lugar crescente é, desse modo, reservado ao consentimento no processo penal, através da renúncia do acusado a determinadas garantias procedimentais e a concordância dada a medidas alternativas. Na França, a lei de 9 de março de 2004, trazendo adaptação da Justiça às evoluções da criminalidade, deu a esse movimento, já ilustrado pela introdução da mediação penal) e a composição penal (1999), uma nova amplitude, pela criação de um procedimento de "comparecimento para reconhecimento preliminar de culpabilidade", permitindo ao procurador propor diretamente uma pena a uma pessoa que tenha reconhecido os fatos que lhe são reprovados, o acordo devendo ser em seguida homologado pelo juiz: um passo importante, preconizado desde 1982 pelo Conselho da Europa, foi assim efetuado em direção ao modelo anglo-saxão de "justiça negociada" - 90% dos casos penais sendo resolvidos nos Estados Unidos segundo o método dito do *plea-bargaining*. Ao reverso da concepção tradicional de um processo penal exprimindo o integral poderio do Estado, vê-se desse modo desenvolver-se um "consensualismo penal", concernente tanto ao procedimento escolhido como a pena aceita. No domínio fiscal, igualmente, progride-se na via de uma fiscalidade concertada, mesmo coproduzida, notadamente através do reforço dos direitos do contribuinte. A utilização assim promovida da técnica

Diante do que foi exposto, a *potestas* do Poder Judiciário não é mais uma simples detentora do *ius dicere*, uma vez que a jurisdição tem no *ius facere* a sua expressão: a criação do direito objetivo processual a partir do fenômeno conflitológico de interesses. Essa noção de *potestas* acaba por não se diferenciar dos outros tipos de *potestas* reconhecidos aos demais poderes, pois nos tempos atuais já não impera mais a *rígida separação dos poderes*.⁷⁵⁷ A divisão dos poderes e a consequente carga política que traz ao judiciário tem com corolário uma releitura da cisão rígida da *potestas* dimensionada no poder legislativo; essa cisão rígida de *potestade*, com a Constituição⁷⁵⁸, não mais é possível, dado que o Judiciário passa a ser o guardião das promessas constitucionais e nisso adquire um alto poder interpretativo, modificador da legislação e criador do direito.

contratual tem pouco a ver com o contrato clássico: está-se em presença tanto de "contratos" formais, mas também de contratos "forçados", caracterizados por "relações não simétricas", o que, bem entendido, significa que a conclusão se produz por sobre o "interesse" do parceiro privado, como de "convenções" informais, repousando sobre relações "equilibradas" baseadas na "confiança"; o contrato aparece, desse modo, como um instrumento pelo qual os atores públicos procuram atingir os seus objetivos. (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. P. 161-162)

⁷⁵⁷El ámbito en el que se ejerce la potestad es distinto con relación a los tres poderes constituidos; pero no existen tres nociones de potestad, una para cada uno de los poderes. La noción general es común y supone una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando insita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo, en caso necesario, al uso de la fuerza. Actuando conforme a la potestad conferida y dentro de su competencia, el titular de ella no tiene superior ni iguales, todos están sometidos a él. Es esta potestad la que hace que el Poder Legislativo, cuando actúa dentro de su competencia, esto es, cuando dicta una norma general, vincule a todos y los someta a esta decisión. Es también la potestad la que atribuye también a los jueces y magistrados y respecto de todos los que con ellos se relacionan. (AROCA, Juan Montero. **Potestad, Órgano y Función Jurisdiccionales**. Disponible em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/643/30.pdf>>; Acessado em: 03/01/2018. P.2178-2179)

⁷⁵⁸En el Estado constitucional se hace necesario el fortalecimiento del poder jurisdiccional, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. En estas condiciones, la idea de control jurisdiccional aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del Derecho a la realidad social, como quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración «la realidad viviente de los litigios. (JARAMILLO, Mabel Londoño. Deberes y derechos procesales en el Estado social de derecho. **Opinión Jurídica**, vol.6, n.º 11, enero-junio 2007, Universidad de Medellín, Pp.69-86. P.73)

4.1.1 - Administração da Justiça (potestas) e a jurisdição nos casos da inexistência do fenômeno conflitual de interesses

E a jurisdição voluntária? Bastaria eliminar o litígio, para a caracterização da atividade jurisdicional voluntária? Bom seria se todos assim pensassem. Porém, neste particular, certos estudiosos, por não admitirem que o juiz exerça a jurisdição sem solucionar um conflito de interesses, travam verdadeira guerra contra a atividade jurisdicional voluntária, no sentido de afastá-la – a todo custo – do âmbito da jurisdição e coloca-la no âmbito da administração, equiparando-a à atividade desenvolvida pelo administrador público, ou seja, ao ato do Prefeito, do Governador etc.⁷⁵⁹

A legitimação democrática processual amplia na administração da justiça⁷⁶⁰ o espaço dos fenômenos não alentados como sendo fenômenos conflituais de interesse. A *potestas*, quando se fala em jurisdição voluntária⁷⁶¹ manifesta-se na governança processual das partes em

⁷⁵⁹PORTO, Sérgio Gilbertp. **Jurisdição Voluntária:** Atividade Administrativa ou Jurisdicional? In: Revista Jurídica, ano XXXI, v.104. São Paulo: São Paulo Ind. Gráfica e Editora S/A, mai/abr. de 1984. Pp. 80-85. P. 83.

⁷⁶⁰La voluntaria giurisdizione come categoria autonoma, come *tertium genus* rispetto all'amministrazione e alla giurisdizione, si fonda dalla diversità degli interessi tutelati. La pubblica amministrazione provvede alla cura degli interessi pubblici; la giurisdizione contenziosa provvede alla tutela degli interessi privati; la voluntaria giurisdizione, invece, riguarda la formazione di una situazione soggettiva, nella quale trova soddisfazione l'interesse di un singolo soggetto in relazione alla sua rilevanza ultraindividuale. L'autonomia si coglie avuto riguardo alla valutazione politico-normativa della tutela, o del modo di assicurare la soddisfazione dell'interesse; tuttavia, anche volendo aderire a questa teoria, non si vede quali siano gli elementi distintivi rispetto all'amministrazione: in entrambe i casi si contribuisce al perfezionamento di una fattispecie finalizzata alla soddisfazione di determinati interessi. L'autonomia della voluntaria giurisdizione potrebbe anche sostenersi avendo riguardo all'idoneità dei provvedimenti ad incidere direttamente su diritti e *status*, seppur limitatamente a particolari aspetti. Si pensi ai provvedimenti di autorizzazione all'alienazione di beni del minore in *potestate* in cui, da un lato, si attua la gestione dell'interesse del minore mediante accoglimento o rigetto e, dall'altro, si realizza la finalità dello Stato di controllare l'esercizio dell'autonomia privata. (MUNNO, Eleonora. **L'Intervento di Voluntaria Giurisdizione del Giudice nelle Società di Capitali.** Tese de Doutorado. Guido Carli Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 2014, 242 p. P. 20 e segs.)

⁷⁶¹Con una crítica a las diversas teorías del conflicto GUASP mantiene que: "*todas ellas se hallan por fuerza sometidas a una doble y decisiva crítica. De un lado resultan materialmente excesivas al atribuir al proceso una base sustancial más amplia de la que éste realmente exige. De otro lado resultan formalmente insuficientes al no dar explicación adecuada a la figura particular del proceso como construcción específica del ordenamiento jurídico*", <La pretensión procesal>, Edit. Civitas, ob. cit., pág. 26 y también en *Estudios Jurídicos*, ob. cit., pág. 574. También adopta esta crítica ALMAGRO NOSETE, <El "libre acceso" como derecho a la jurisdicción>, ob. cit., pág. 125. La crítica de GUASP, seguida por ALMAGRO NOSETE, puede ser aceptada si se utiliza la teoría del conflicto de intereses únicamente para explicar la función del proceso, porque como bien afirma el autor, "*lo importante para el proceso no es evidentemente el conflicto, que no resulta necesario que exista, sino la reclamación ante el juez, que puede ir o no ligada con aquél*", <La pretensión procesal>, Edit. Civitas, ob. cit., págs. 27 y 28, y también en *Estudios Jurídicos*, ob. cit., pág. 575. Y añadimos, de nuestra parte, que el proceso es un instrumento de realización de la justicia o, mejor aún, en palabras de CAPOGRASSI, "*il processo è vera celebrazione di giustizia*", <Intorno al processo>, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, año XVIII, 1938, nº 10, pág. 269, y no, como querría Carnelutti, un instrumento de composición de conflictos. Al respecto, afirma acertadamente LOIS ESTÉVEZ que la teoría del conflicto de interés es "*más sociológica que jurídica*", <La teoría del objeto del proceso>, ob. cit., pág. 615. Este punto de vista en nada contradice nuestra afirmación sobre la teoría del conflicto, ya que ésta se refiere al plano social, mientras que la idea de proceso se refiere al plano jurisdiccional propiamente dicho. Además, el proceso puede contener una determinada realidad social que no sea conflictiva, v. gr., la separación consensual. A través de la teoría del conflicto no estamos explicando lo que es la jurisdicción, como lo hizo Carnelutti (vid. *infra*, nº 9.1.2), sino más bien como surgen y como se desarrollan los

conflictos en sociedad. Ésta es la razón por la cual la teoría de Carnelutti con su visión ‘funcional’ de la jurisdicción no puede hacer frente a lo que los italianos modernamente denominan “*funzioni giurisdizionali sostanzialmente modificative*”, que, a través del juez, “*sanziona o reprime, tra privati, lesioni di diritti o comunque situazioni anti-giuridiche o attua diritti potestativi*”, MONTESANO, <La tutela giurisdizionale dei diritti>, Edit. Utea, Torino, 1985, nº 51, págs. 123 y 124, pues aquí técnicamente no existe una pretensión resistida. En el mismo sentido de nuestra crítica a la teoría de Carnelutti, PEDRAZ PENALVA, <El objeto del proceso civil>, en *El objeto del Proceso Civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Edit. CGPJ, Madrid, 1996, pág. 24. De acuerdo con la opinión de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, “*a teoria da lide, como pretensão resistida, provém, decerto, da época em que as ações condenatórias eram o gênero por excelência de todas as ações que não fossem declaratórias*”, <A teoria da ações em Pontes de Miranda>, en *Revista Ajuris*, nº 43, pág. 73, nota 8. Estas confusiones aún existen en la doctrina porque determinados autores no son capaces de entender que “*estamos frente a dos aspectos diversos de un único ordenamiento*”, como correctamente destaca SERRA DOMÍNGUEZ, <Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción>, en *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 158. A este respecto, conviene añadir la acertada opinión de RAMOS MÉNDEZ, según la cual: “*la controversia es una concepción larvada por el sentimiento de que el proceso surge de la violación del derecho privado. Esto es, se considera objetivamente existente el derecho y como medio para saldar la diversidad de pareceres se establece el proceso. Una vez más el dualismo preside un problema terminológico y de fondo*”, <Derecho y proceso>, Edit. Bosch, Barcelona, 1978, nº 53, pág. 292. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004)

colaboração reativa. A jurisdição voluntária não alcança a função jurisdicional, somente alcançando as partes em colaboração, de maneira que o Estado-Juiz controla o ato jurisdicional com a homologação ocasionado pelo fenômeno não conflitual^{762, 763, 764, 765}

⁷⁶²A jurisdição voluntária distingue-se da contenciosa em razão de em que na primeira não há uma jurisdição declarativa de direitos, o que é responsável pela ausência de coisa julgada, determinada pela maior relevância da eficácia constitutiva da sentença proferida em processo de jurisdição voluntária, justamente em detrimento da eficácia declaratória. Este fenômeno, embora não analisado suficiente mente por ROSENBERG, é por ele descrito ao mostrar que na jurisdição voluntária – que também é jurisdição em sentido estrito – o juiz nada declara, com eficácia suficientemente relevante para produção da coisa julgada, pois, se acaso exige uma declaração sobre a existência de um determinado direito de um sujeito contra outro, a via apropriada será o processo de jurisdição contenciosa. Nos casos de jurisdição voluntária, não está em causa a existência (eficácia declaratória) de um determinado direito, mas simplesmente sua regulação, como não está em causa a declaração de existência do direito a que se dá proteção de simples segurança, na sentença cautelar, do que resulta que também ela não possui coisa julgada material e, não obstante, é uma forma indiscutível de jurisdição contenciosa. A exclusão da jurisdição voluntária do campo que a doutrina reserva ao que considera verdadeira jurisdição decorre, na verdade, de um pressuposto essencial do paradigma sob o qual nosso sistema foi concebido, qual seja o caráter exclusivamente declaratório da função jurisdicional. Se ao Poder judiciário – na concepção tradicional da doutrina de separação de poderes, como nós praticamos – cabe apenas a função de declarar a vontade da lei, como dizia CHIOVENDA, então não lhe sobrará qualquer margem para criação do direito, como função inerente à atividade jurisdicional; em última análise, o juiz do sistema romano-canônico não decide, não tem o menor poder decisório, pois, como advertia CARNELUTTI, o juiz, para decidir, terá de decidir-se. Entretanto, somente quem dispuser de, pelo menos, duas alternativas possíveis – e, no caso do juiz, de duas alternativas igualmente legítimas, poderá eleger, dente elas, a que lhe parecer mais adequada ou mais conveniente, aquela que lhe pareça mais justa, permitindo-lhe fazer justiça no caso concreto. Ora, sabidamente, o sistema não confere a nossos magistrados, por menor que seja, de autentica discricionariedade, que lhe permita encontrar, na lei, aquelas duas ou mais alternativas, aqueles dois ou mais caminhos, legislativamente autorizados, que lhe permitissem a eleição, inerente, como mostra CARNELUTTI, a todo ato verdadeiramente decisório. Isto seria conceber o sistema jurídico como um organismo incompletamente formado, a ser complementado pela sentença. Em última análise, seria reconhecer – o que, de resto, todos os que trabalham no fórum não ignoram – que o ato jurisdicional é, sim, discricionário, não sendo, portanto, apenas *declaratório*, enquanto ato puramente intelectual, mas, ao contrário, formado também por um essencial componente volitivo. Esta é a diferença da chamada jurisdição voluntária, que o sistema exclui do que considera jurisdicional, em virtude de ser atividade tipicamente discricionária, condição que a doutrina não admite que possa existir na jurisdição contenciosa, não obstante se tenha tornado hoje absolutamente impossível ocultar essa qualidade do ato jurisdicional contencioso, como acabou tendo de reconhecer KARL ENGISCH. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 48-50)

⁷⁶³Alguns poucos autores assim como Rocha falam existir sim fenômeno conflitológico de interesses no tocante a jurisdição voluntária, distinta da corrente tradicional acerca do tema. Ver: ROCHA, José de Moura. **Sobre as dificuldades dos Estudos da Jurisdição Voluntária**. In: ROCHA, José de Moura. **Estudos sobre o Processo Civil**. Recife: Universidade de Pernambuco, 1969. P. 302.

⁷⁶⁴Carnelutti collocava la volontaria giurisdizione nei processi senza lite, arrivando a tale conclusione partendo proprio dalla contrapposizione, sopra criticata, tra sostanza e forma e con ciò affermando, e confermando, l'esistenza di attività formalmente giurisdizionali e sostanzialmente amministrative, in quanto non indirizzate allo scopo proprio della giurisdizione ovvero alla composizione della lite. A riguardo, si parla spesso di amministrazione pubblica del diritto privato per sottolineare l'appartenenza della volontaria giurisdizione al *genus* dell'amministrazione, da cui si distingue per lo scopo degli atti e per la finalità di tutela di interessi privati. Un altro argomento a favore di quest'orientamento è l'inidoneità al giudicato dei provvedimenti che, invece, è elemento distintivo della giurisdizione. Si osserva, tuttavia, che la collocazione della volontaria giurisdizione nell'ambito della giurisdizione amministrativa e non giudiziaria richiede di aderire ad una nozione troppo ampia di "giurisdizione" e di "amministrazione", non senza conseguenze. Infatti, definendo la volontaria giurisdizione quale amministrazione pubblica di diritto privato, si rischia, spesso, di ricomprendervi anche atti non totalmente pertinenti per diversità di disciplina. Potrebbe, tuttavia, valutarsi eccessiva la collocazione della volontaria giurisdizione ora nell'amministrazione, ora nella giurisdizione come se fossero settori totalmente autonomi e senza punti di connessione. La definizione di volontaria giurisdizione quale attività formalmente giurisdizionale e sostanzialmente amministrativa riesce a mettere in rilievo tale assunto. Da un lato, la peculiarità degli atti di volontaria giurisdizione è da ravvisarsi nella presunzione di legittimità tipica dell'atto amministrativo; quest'ultimo viene promanato da un organo, che nel perseguire l'interesse pubblico, non si comporta diversamente

A administração da justiça é uma legitimidade democrática processual reconhecida pela dinamicidade processual no tocante a governança processual das partes em colaboração reativa, assegurada a mesma pelo princípio dispositivo e pelo princípio contraditório, amplamente voltados à atividade e às funções das partes no Processo. No caso da jurisdição voluntária o fenômeno não conflitual de interesses é resolvido pela governança processual toada pela administração da justiça, sendo que com a jurisdição voluntária passa o Estado-Juiz ter o controle do ato jurisdicional para ter o mesmo reconhecimento e legitimidade.⁷⁶⁶

L'evoluzione sostanziale che ne consegue, muove dall'assunto secondo il quale quelle che riguardano la Volontaria Giurisdizione sono esigenze che si manifestano in momenti delicati della vita dei Cittadini e che, di conseguenza, necessitano di una gestione attenta e rispettosa che, oltre a guardare all'efficienza dei processi di lavoro, punti anche all'efficacia e alla qualità della relazione e del servizio. È come approdare ad una sorta di idea comune di 'valore condiviso' che riconosce il Cittadino come centro di un articolato processo di ripensamento delle strutture, dei meccanismi operativi e dei sistemi di supporto ai processi di lavoro che vengono a caratterizzarsi più come processi di erogazione di un servizio che come semplici adempimenti di un apparato burocratico.⁷⁶⁷

Conforme foi exposto, o Processo Civil, por meio de sua dinamicidade processual reestrutura a jurisdição em uma legitimidade democrática processual, fusionando a função jurisdicional e a administração da justiça, criando, a partir desta fusão a legitimidade democrática processual - controle do ato jurisdicional. Nesse sentido, a jurisdição voluntária com a reestruturação da jurisdição⁷⁶⁸ pelo processo dimensiona que apesar de não revelar um

dal privato che aspiri al soddisfacimento di un suo particolare interesse considerato legittimo da una norma giuridica. Dall'altro, invece, sotto il profilo dell'efficacia, è assimilabile a quelli giurisdizionali. In entrambe i casi viene emanato da un organo dell'ordine giudiziario ma, nel primo caso in particolare, da giudici ordinari al di fuori della loro attività di giurisdizione contenziosa. (MUNNO, Eleonora. **L'Intervento di Volontaria Giurisdizione del Giudice nelle Società di Capitali**. Tese de Doutorado. Guido Carli Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 2014, 242 p. P. 15-16)

⁷⁶⁵Ver sobre as diversas vertentes teóricas que tratam a jurisdição voluntária em: ORTIZ, Juan Ramón Liébana. La Nuova Volontaria Giurisdizione in Spagna. **La Nuova Procedura Civile Rivista Scientifica di Diritto Processuale Civile**, 2016 Pp.13-39.

⁷⁶⁶Quando si parla di società e di autorità giudiziaria, ci si sofferma qualche secondo ad individuare quale sia l'effettiva connessione tra due realtà diverse e sul come il pubblico e il privato possano coesistere, intersecandosi, a prescindere dalla presenza di alcun contrasto da risolvere. Con il presente lavoro si intende analizzare l'intervento dell'autorità giudiziaria, non nella fase patologica dell'attività sociale, si pensi, ad esempio, all'impugnazione delle delibere sociali, ma nel corso dello svolgimento della vita della società, finalizzato al soddisfacimento di esigenze di carattere organizzativo-gestionali; pertanto, non in sede contenziosa, ma di volontaria giurisdizione. L'intenzione è quella di trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di tutela degli interessi, che ruotano intorno alla società, e l'intervento del giudice in un ambito già disegnato e circoscritto dal legislatore. (MUNNO, Eleonora. **L'Intervento di Volontaria Giurisdizione del Giudice nelle Società di Capitali**. Tese de Doutorado. Guido Carli Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 2014, 242 p. P. 1)

⁷⁶⁷DI GUARDI, di Sebastiano; VERZELLONI Luca. **La Volontaria Giurisdizione: un'occasione di innovazione sistemica nei servizi di Giustizia per il Cittadino**. In: Fondazione Irso. Istituto di Ricerca Intervento sui Sistemi Organizzativi, Milano, 2012, Pp.1-45. P. 11.

⁷⁶⁸I – O conceito da jurisdição, limitado de antanho à função judicante, modernamente se ampliou como elemento inerente à soberania do Estado; II – A jurisdição voluntária, com este nome, era conhecida no direito romano, a partir da instituição da pretura (século III, a.C.), a qual absorveu dos cônsules a função de julgar, quer em face de

fenômeno conflitual, ou seja, formando o objeto processual (mérito – como lei ou como situação jurídica subjetiva), mas não formando o objeto do debate processual (lide, situação litigiosa) deve assegurar com o Processo o controle do ato jurisdicional, operado pelo Estado Juiz.

Isto significa dizer, levando em consideração a própria natureza “a-litigiosa” da jurisdição voluntária, não existe uma decisão judicial, mas um ato jurisdicional exarado pelo Estado Juiz⁷⁶⁹. Para o controle do ato jurisdicional da jurisdição voluntária, levando em consideração o Estado-Responsivo que dota o juiz de responsabilidade sócio-política, o ato somente poderá ser legitimado pela administração da justiça, onde opera com os princípios do dispositivo e do contraditório, princípios responsáveis por determinar a governança processual das partes em colaboração reativa⁷⁷⁰.

relação jurídica, quer em face de situação jurídica; III – Decidir sobre casos contenciosos não é a única função do poder judicante, porque há ações, na expressão do termo, que não resultam de litígios; assim, as cautelares, as declaratórias e as que se desenvolvem à revelia. Quem o diz é Chiovenda; IV – Ação não pressupõe litígio, a partir de sua definição clássica; nem processo é atinente apenas aos feitos litigiosos; V – Improcede dizer que na jurisdição voluntária não há partes processuais. Em muitos procedimentos não contenciosos, o Ministerio Público tem presença obrigatória, em nome do Estado, logo, o Estado é parte nessa espécie de jurisdição; VI – Os efeitos da coisa julgada formal e material fazem-se sentir em jurisdição voluntária, desde que permanecendo imodificada a situação que deu base à sentença (*rebus sic stantibus*). Basta saber se esta é a regra ou a exceção. Não titubeamos em afirmar que a imutabilidade é a regra; VII – A decisão tomada em jurisdição voluntária é sentença, uma vez que não pode ser classificada como decisão interlocutoria nem como despacho, pois se limitam a esses três os atos de ofício do juiz; VIII – Oficiando na jurisdição voluntária, o juiz não é um mero chancelador da situação jurídica que sobe à sua decisão, e para isso é liberado da obediência aos critérios de legalidade escrita exigida em face do procedimento contencioso. (SIDOU, J. M. Othon. A Controvertida Jurisdição Voluntária. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, vol. 19, n.º 22, Pp.75-90, Jul./set.2002. P. 87-88)

⁷⁶⁹La funzione del giudice in sede di volontaria giurisdizione è di prevenzione e di ausilio per l’attuazione di precetti giuridici nell’interesse di tutti, mancando una contesa da risolvere *inter alios*² (cd. intervenendo *pro volentibus o inter volentes*) e l’esistenza di un illecito. Egli non interviene per esercitare il potere giurisdizionale, ma per perseguire uno scopo, che la legge gli affida unicamente in considerazione delle sue qualità soggettive e della posizione che occupa rispetto all’ordinamento, ma anche per la cura di interessi diversi. La giurisdizione volontaria si esplica, pertanto, mediante influenza nel processo formativo della volontà giuridica del soggetto. La natura giuridica della volontaria giurisdizione ruota intorno a due caratteristiche: una di tipo sostanziale e una di tipo processuale. Sotto il primo profilo, sostanziale, la giurisdizione volontaria è diretta alla costituzione, modificazione ed estinzione di diritti ovvero all’attuazione, per ragioni di pubblico interesse, di un controllo circa la legalità dell’atto e/o l’opportunità di alcuni atti al fine di evitare la lesione di qualsiasi interesse (ad esempio degli incapaci, dei chiamati all’eredità e della loro accettazione, dei creditori ereditari, ove l’eredità sia accettata con beneficio d’inventario, di coloro che negozieranno con una società di capitali, etc.). Sotto il profilo processuale, invece, nella giurisdizione volontaria manca la lite, caratteristica essenziale e tipica della giurisdizione contenziosa, e manca il giudicato. I provvedimenti di volontaria giurisdizione non sono, infatti, idonei a costituire giudicato in senso sostanziale e possono essere sempre modificati o revocati. (MUNNO, Eleonora. **L’Intervento di Volontaria Giurisdizione del Giudice nelle Società di Capitali**. Tese de Doutorado. Guido Carli Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 2014, 242 p. P. 3-5)

⁷⁷⁰El interés del ciudadano ocupa un lugar central entre los objetivos de esta Ley. A lo largo de su articulado se establecen instrumentos sencillos, efectivos y adecuados a la realidad social a la que se aplican, en el caso de que requieran la intervención de los tribunales de justicia a través de cualquiera de los actos de jurisdicción voluntaria. Este solo argumento justificaría la procedencia de cualquier reforma legal que afecte a la Justicia y a sus órganos, pues la actividad de estos, como toda labor pública en la que esté en juego la existencia o efectividad de derechos subjetivos, debe ser apta para lograr el efecto que se desea por medios que no generen insatisfacción o frustración entre los interesados. De ahí que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria facilite a los ciudadanos una regulación legal sistemática, ordenada y completa de los diferentes expedientes que se contienen en ella, actualizando y simplificando las normas relativas a su tramitación, tratando de optar por el cauce menos costoso y más rápido, desde el respeto máximo de las garantías y de la seguridad jurídica, y tomando especial cuidado en la ordenación

Quanto aos objetos, não apresentando lide, ou melhor, não tendo um fenômeno conflitual acaba por não adentra-se ao processo no desenvolvimento do objeto do debate processual, somente afigura-se ao objeto processual em seu sentido estático⁷⁷¹.

adecuada de sus actos e instituciones. Se trata, de este modo, de regular los expedientes de jurisdicción voluntaria de manera que el ciudadano se vea amparado con el grado de efectividad que demanda una sociedad cada vez más consciente de sus derechos y cada vez más exigente con sus órganos públicos. En ocasiones, el objetivo anterior se consigue con una mera puesta al día de las actuaciones que componen un determinado expediente. En otras, dicho objetivo se busca desde la simplificación, conjunción y armonización de sus preceptos con otros integrados en normas procesales o sustantivas. En especial, se toma particular cuidado en adaptar la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria a los principios, preceptos y normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratándose de soslayar con ello problemas de interpretación y dándose respuesta a algunas lagunas legales y aporías. Esta Ley se ha elaborado al mismo tiempo que otras reformas, afectando a las mismas normas, como las leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que darán una nueva regulación, entre otras cuestiones, al acogimiento y adopción de menores. Ello obliga a coordinar el contenido de estas leyes. (Preámbulo. In: **Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria**. In: Boletín Oficial del Estado. N. 158, de 3 de julio de 2015. Referencia: Boe-a-2015-7391. Legislación Consolidada. P. 5.)

⁷⁷¹La natura giurisdizionale della volontaria giurisdizione viene sostenuta sulla base di due osservazioni: da un lato, che l'attività del giudice è diretta alla valida formazione di una realtà giuridica in una precisa fattispecie normativa, dall'altro che il presupposto di ogni attività giurisdizionale (ovvero la violazione del precetto) costituisce un *genus* al cui interno poter distinguere due *species*, una repressiva, ovvero la giurisdizione contenziosa, ed una preventiva, ovvero la volontaria giurisdizione. a) Prendendo atto che lo scopo della giurisdizione è l'attuazione del **diritto oggettivo** da parte di un soggetto terzo ed imparziale, quale è il giudice, intesa l'imparzialità in senso formale come indipendenza gerarchico-organizzativa, ed in senso sostanziale come indifferenza dell'organo rispetto all'interesse considerato, la giurisdizione contenziosa e quella volontaria appartenerebbero al più ampio *genus* della giurisdizione per l'affermata comune presenza dei citati elementi. Tuttavia, la finalità dell'attuazione del diritto obiettivo, che qui costituisce il comune denominatore di entrambe le giurisdizioni, appare, non solo, alquanto generica ma nemmeno totalmente estranea all'attività amministrativa. Con la giurisdizione contenziosa si pone rimedio alla violazione di un diritto, mentre con la volontaria giurisdizione si consegue la produzione di specifici effetti di diritto. In particolare la volontaria giurisdizione svolge la funzione di creare/integrare quegli elementi che consentano la produzione di quei determinati effetti. È evidente che è inappropriato parlare di attuazione del diritto nella volontaria giurisdizione, perché essa presuppone una fattispecie non completa: da qui, la sua qualificazione di attività prevalentemente amministrativa. b) Potrebbe, inoltre, ipotizzarsi una definizione unitaria di giurisdizione, di cui quella volontaria costituisca una manifestazione tipica di giurisdizione *ex se*. La giurisdizione è contenziosa quando l'ordinamento riafferma se stesso in caso di violazione; quando, invece, ciò diventa difficile, è necessaria un'attività integrativa. Tale mancanza viene colmata dalla volontaria giurisdizione sotto due profili: da un lato, si inserisce nel procedimento di formazione della volontà di un soggetto; dall'altro concorre quale attività giurisdizionale alla realizzazione dell'ordinamento nel caso concreto. Tuttavia, mentre la giurisdizione contenziosa opera sul piano dell'accertamento del diritto, la volontaria giurisdizione si basa su una valutazione d'interessi. È evidente, altresì, la distinzione con l'amministrazione: questa persegue solo interessi pubblici; la volontaria giurisdizione persegue interessi privati affidati al giudice per la tutela di un interesse pubblico. c) Constatando che l'attività giurisdizionale consiste in una tutela giurisdizionale ampia dei diritti e, non limitata alla presenza di eventuali illeciti, si potrebbe distinguere giurisdizione *sostanzialmente* volontaria dalla giurisdizione *formalmente* volontaria. Nel primo caso, essa concorre alla formazione di un atto di diritto sostanziale dei privati; nel secondo caso, invece, essa, pur ponendosi all'esito di forme procedurali camerale, concorre alla produzione di effetti di diritto sostanziale. L'attività propria della giurisdizione è riconoscibile nella giurisdizione *formalmente* volontaria in cui si ha un procedimento autonomo molto simile a quello del processo ordinario, ma senza contraddittorio; si pensi, ad esempio, all'atto ricognitivo dello *status*. d) Nonostante non contribuisca all'eliminazione di alcuna incertezza con un accertamento, la volontaria è da considerarsi giurisdizione, perché è necessaria al funzionamento dell'ordine giuridico: essa mira alla composizione dell'ordinamento in un ordine concreto ed attuale. Viceversa, la qualità di *volontaria*, discende dalla natura del provvedimento in sé: l'interessato si rivolge al giudice per ottenere un provvedimento voluto dalla legge in modo necessario a prescindere dall'esistenza di alcun diritto controverso. L'imparzialità del giudice porterebbe la volontaria giurisdizione al di fuori dell'amministrazione. Un po' di chiarezza sull'esatta qualificazione della volontaria giurisdizione potrebbe farsi guardando alla contrapposizione tra giurisdizione costituzionalmente necessaria e non necessaria. Questa diversa classificazione è il frutto dello studio della dottrina processualistica che, dall'interpretazione degli artt. 24 e 113 Cost. ha selezionato un gruppo di materie la cui tutela deve essere inevitabilmente attribuita alla funzione giurisdizionale individuabili nella tutela dei diritti soggettivi e degli *status*.

A jurisdição voluntaria distinta da jurisdição contenciosa por não se acercar de um fenómeno conflitual de interesses apresenta um interesse tutelado juridicamente sem lide ou conflito. Fenômeno existencial é produtor de gênese do direito, o Processo tem suas tutelas e garantias acertadas em procedimentos voluntários, muito se aponta que casos-problemas de família e sucessões, comerciais e muitos outros formam direito, diferente da jurisdição contenciosa também passa pelo crivo público acertado pelo juiz no tocante sua legitimidade democrática processual que é acertada com a dinâmica processual, onde de um lado opera na jurisdição voluntária o princípio dispositivo e o princípio contraditório, ambos apregoados a colaboração reativa estabelecida com a governança das partes, não opera a jurisdição voluntária no tocante a função da jurisdição mas sim na administração da justiça para que adquira tal legitimidade democrática processual.

O juiz tem o controle do ato, aí a governança processual das partes afigura-se em colaboração reativa, reflexo de um Estado Ativo-Responsivo, o qual não opera somente com a

Per l'impostazione soggettiva, secondo cui l'utilizzo di un determinato modello processuale dipende dalla natura del diritto e, quindi, dalla necessità di affidarlo alla cura di soggetti qualificati come i magistrati, la volontaria giurisdizione sarebbe, indipendentemente dalla sua collocazione o meno nell'ambito della giurisdizione, una giurisdizione costituzionalmente non necessaria. Ciò significa che è rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta di affidarla o meno ai giudici ordinari, per tre ragioni: non ha ad oggetto l'attuazione dei diritti, ma di interessi, ed aspettative, privatistici ma con rilevanza pubblica; non vi è un vero contraddittorio; il provvedimento conclusivo non ha efficacia di giudicato, ma è modificabile e revocabile. La distinzione tra giurisdizione contenziosa e volontaria, potrebbe, ancora, apprezzarsi sotto tre profili: funzionale, oggettivo e strutturale. Nel primo caso, si nota che, la giurisdizione contenziosa ha ad oggetto la tutela dei diritti, il procedimento è necessariamente in contraddittorio, la cognizione è ordinariamente piena e il provvedimento finale del giudice ha una sua attitudine al giudicato; quella volontaria, invece, si occupa di situazioni giuridiche minori come aspettative o interessi legittimi di diritto privato, decise in assenza di contraddittorio, al termine di un procedimento generalmente sommario e con provvedimenti che non sono idonei a passare in giudicato. Nel secondo caso, si osserva che, la pronuncia in sede di giurisdizione contenziosa si sostanzia in un accertamento, mentre in sede di volontaria giurisdizione ha uno scopo costitutivo finalizzato al perfezionamento o all'integrazione di uno *status*. Nell'ultimo caso si ricorda che, mentre nella giurisdizione contenziosa si hanno due gradi di giudizio di merito e uno di legittimità per assicurare la definitività del provvedimento, nella giurisdizione volontaria ci sono solo due gradi di merito e nessun provvedimento che ha forza di giudicato. (MUNNO, Eleonora. **L'Intervento di Volontaria Giurisdizione del Giudice nelle Società di Capitali**. Tese de Doutorado. Guido Carli Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 2014, 242 p. P. 16-20.)

coação, mas rompendo junto a isso o conflito dual responde de forma não coativa, visa ela a prevenção evitando assim a disputa do objeto do debate processual^{772, 773}.

⁷⁷²Volendo, a conclusione della complessa ricostruzione storico-giuridica che precede, dare una definizione di volontaria giurisdizione, si potrebbe qualificarla come: attività del giudice ordinario che, caratterizzata da forme procedimentali decisionali semplificate, interviene, al fine di integrarla a vario titolo e per diverse ragioni, nell'attività dei soggetti privati, senza coinvolgere in via immediata diritti e *status*: Quando, invece, questi siano coinvolti direttamente, ovvero, il provvedimento adottato in camera di consiglio produca effetti nella sfera giuridica di un terzo, la giurisdizione che si esercita non è più volontaria o non più soltanto volontaria, anche se si siano adottate forme procedurali assolutamente speciali. Sotto il profilo procedimentale, la *jurisdictio inter volentes* ha maggiori affinità con l'attività amministrativa, distinguendosi per l'oggetto. Proprio osservando gli ambiti di intervento della volontaria giurisdizione, (tutela dei minori e degli incapaci, famiglia e controllo in ambito societario) si nota come vi sia una continua concorrenza tra interessi pubblici e interessi privati, e che i procedimenti di volontaria giurisdizione sono volti alla soddisfazione di interessi privati generalmente collegati ad un interesse pubblico. La presenza d'interessi privati incide sulla modalità del procedimento: non vi sarà, certamente, alcun conflitto di interessi da risolvere, perché non c'è alcun diritto soggettivo ovvero la pretesa di una parte nei confronti dell'altra da attuare; a fondamento dell'istanza, infatti, non vi è alcuna situazione soggettiva che si assume violata, ed in relazione alla quale si chiede l'applicazione della legge. Come evidenziato in modo diverso e con sfumature diverse, la dottrina cerca di cogliere i punti di continuità e di discontinuità tra la giurisdizione contenziosa e quella volontaria, tuttavia si nota che tutti concordano nell'individuare l'elemento di distinzione fondamentale non nella forma del procedimento o nel tipo di provvedimenti che li definiscono, ma nell'assenza di interessi e diritti contrapposti. Si osserva che la mancanza del contraddittorio ha una sua logica in sede di volontaria giurisdizione, soprattutto se si procede alla classificazione dei procedimenti in biplurilaterali e unilaterali a seconda che siano contenziosi o volontari. Leggendo l'art. 101 c.p.c., dall'inciso "se l'altra parte contro la quale è proposta", si percepisce che il provvedimento del giudice sia sollecitato da una parte contro altra parte o più parti. Diversamente nell'ambito della volontaria giurisdizione l'esigenza del contraddittorio non sussiste, perché gli effetti del provvedimento si producono sulla stessa parte che lo ha richiesto ovvero su terzi soggetti quando gli interessi tutelati siano. La mancata applicazione del principio del contraddittorio non discende da una deroga all'art. 101 c.p.c. ma è conseguenza necessaria dell'unilateralità del provvedimento ovvero dell'unilateralità del procedimento stesso. La distinzione tra procedimenti unilaterali e bilaterali fu oggetto di proposta nel progetto al codice di procedura civile Solmi (dal nome del guardasigilli), in cui si approfittò anche per sottolineare la distinzione sostanziale e contenutistica tra giurisdizione volontaria e contenziosa. In particolare, si precisò che si rientra nell'ambito della volontaria giurisdizione quando oggetto della stessa è un rapporto integrativo e non controverso; diversamente, si è nella giurisdizione contenziosa quando l'obiettivo è tutelare i diritti di terzi, i soli che possono esercitare l'azione contro le persone interessate. Ciò detto, si osserva dalla lettura degli artt. 737 c.p.c. e ss. che la materia dei procedimenti camerale non si esaurisce in unilaterali e bilaterali: i primi rappresenterebbero la regola e i secondi l'eccezione. Entrambe si propongono con ricorso ma con diverse finalità. Nei procedimenti unilaterali, mancando dei controinteressati, l'unico destinatario della domanda è il giudice. La volontaria giurisdizione rispecchia pienamente questo sistema, avendo ad oggetto atti che s'inseriscono in una fattispecie di cui fanno parte ovvero di atti preparatori ad una fattispecie. Nelle procedure bi-plurilaterali, invece, il ricorso torna ad assumere il carattere che gli è proprio: considerato che ci sono soggetti controinteressati, la domanda viene portata a conoscenza del giudice prima delle altre parti. [...] Premesso che il controllo ha come finalità principale quella di garantire la legittimità degli atti, la loro convenienza e l'idoneità a raggiungere lo scopo cui sono diretti, i controlli che il giudice può svolgere sono di tipo: repressivo, sostitutivo o ispettivo. [...] Il controllo sostitutivo presuppone l'inattività di un soggetto che impedisce la soddisfazione di un determinato interesse alla cui attuazione era stato preposto. Ciò accade soprattutto in ambito societario, come meglio si vedrà in seguito, dove l'autorità giudiziaria può intervenire per convocare l'assemblea o per disporre la riduzione obbligatoria del capitale sociale. Il controllo ispettivo consiste in una verifica di conformità o legalità. Ciò accade in sede di procedimento di denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c., di omologa delle delibere assembleari, quando il notaio ritenga non adempiute le condizioni stabilite dalla legge, e di alcune operazioni sul capitale e straordinarie. A secondo della fase del procedimento in cui interviene il giudice, il controllo può essere preventivo o successivo. (MUNNO, Eleonora. **L'Intervento di Volontaria Giurisdizione del Giudice nelle Società di Capitali**. Tese de Doutorado. Guido Carli Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 2014, 242 p. P. 21-23, 26-27 e 13-14)

⁷⁷³Ver: OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Jurisdição Voluntária: Perspectiva atual à luz da Teoria Geral e da Instrumentalidade do Processo Civil, Reflexos sobre o Âmbito de Aplicação da Discricionariedade Judicial**. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 244 p, 2011.

4.2 - Da Ressignificação da Função Jurisdicional (*auctoritas*)⁷⁷⁴: da compreensão hermenêutica como possibilidade de criação de norma individual

A função jurisdicional é o ato mais relevante da atividade jurisdicional, na medida em que é perpassado pela legitimidade democrática processual e legitima-se pela dinâmica processual, posto que, outrora, o centro de politização do direito era o Juiz-Estado na aplicação⁷⁷⁵ do direito (*us dicere*). Paulatinamente, o Judiciário ganhou amplo espaço quando começou a ser chamado a resolver as dinâmicas sociais das mais diversas, ocasionado o efeito da juridicização existencial, demarcado pela judicialização da vida e pelo ativismo judicial, fenômenos que centraram politicamente a legitimação social do Poder Judiciário.

Essa centralidade política ganha o Processo em sua nova onda renovatória processual e acaba absorvendo a democracia participativa pela Administração da Justiça, ocasionando a legitimação democrática processual^{776, 777}. Dessa forma, a Jurisdição não se centra mais como

⁷⁷⁴El Estado es el objeto ambicionado de los partidos políticos y de los poderes de hecho. Pero es también el árbitro de sus luchas y la recompensa del vencedor. El poder cerrado se caracteriza por ser monolítico, inmutable y reacio a cualquier transacción. El poder abierto permite representaciones evolutivas de la idea del derecho. Se puede tener poder sin tener autoridad, caso de un caudillejo que impone su voluntad y cobra tributos sin cargo político alguno; y se puede tener autoridad sin tener poder, caso de un juez de distrito que concede un amparo y está indefenso e inerme frente a los gobernantes arbitrarios. Los romanos, que sabían de autoridad, llamaban *auctoritas* a la cualidad que tenía una persona que suscitaba natural acatamiento. El poder es un auxiliar de la autoridad. Se les asocia desde fuera. A veces es innecesario, otras veces es inoportuno y en otras ocasiones es imposible. El poder estatal genuino es una dirección y coordinación activa que proyecta su impulso superior hacia la empresa jurídico-política de gobierno. El "ser-todos-juntos-en-el-mundo" es un dato primario de la intersubjetividad y, consiguientemente, de la estructura del Estado. Estamos implantados en el mundo con misión personal. En el amor -que acentúa la singularidad del otro- reside la fuerza animadora de las actividades humanas, el intercambio de donaciones personales, la corporalidad como diálogo. La comunidad de proyectos, de intenciones y de sentido es el haber o caudal relativamente constante -dotado de cierta textura- de la realidad política. Derecho, plan político y circunstancia son ingredientes de la realidad política. Realidad que supone oposiciones: ciudadana, parlamentaria, ideológica. Realidad en la que pesan influencias y se ejercen presiones de todo tipo. Se ha dicho, exagerando, que el gobierno no es más que el personero de los "poderes de hecho". De ahí que Duverger hable de gobernantes aparentes y gobernantes ocultos. La generalización de Duverger me parece inaceptable. Lo cierto es que el poder oficial sufre influencias y presiones de los poderes de hecho. No hay un desplazamiento del poder ni un cambio de titulares. El poder sigue en su sitio pero motivado y limitado desde afuera por los factores de presión. Se trata de un fenómeno de formación, determinación, motivación de la voluntad oficial. Eso es todo (VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado**: fundamentos de filosofía política. México: Trilla, 2002. P. 72-73)

⁷⁷⁵Explícita que as teorias dominantes daquela época determinavam a função jurisdicional ser mera aplicação da lei, delimitação acertada com a Revolução Francesa, arquitetura estatal delimitou a jurisdição como função dependente das demais funções estatais. Segue: MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de L'État**. Tome I. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1920. P. 691 e segs.

⁷⁷⁶Se ha pretendido identificar la función judicial con la función ejecutiva porque ambas aplican la ley en casos particulares; pero, en rigor, no es lo mismo aplicar la ley por vía de acción o decisión concreta, que juzgar de acuerdo con la lógica jurídica. ¿Se trata de una diferencia de esencia o de grado? Nos inclinamos a considerar, no sin algunas dudas, que se trata de una diferencia de grado. De todas maneras, restan importantes distinciones: la actividad gubernativo-administrativa es función general, preventiva y autoaplicativa, mientras que la función judicial es especial, resolutoria e incapaz de existir sin la fuerza ejecutiva. (VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado**: fundamentos de filosofía política. México: Trilla, 2002. P. 129)

⁷⁷⁷Lo que la perspectiva de Fiss no particulariza es cómo ese proceso de dar significado a los valores públicos supone, o se asienta, en una "instauración estrictamente judicial" de la disputa que valida el proceso de

poderio máximo da auctoritas,⁷⁷⁸ como ocorre com o ativismo judicial, mas também não se detém mais ao *ius dicere*, limitado pela *potestas* da *lex*: a limitação à atividade criativa do juiz não detém mais espaço com a democracia, bem como não há mais espaço para subjetivismos e volições do intérprete. A política cotidiana invade o foro e com isso a centralidade política do direito tem como *locus* o processo: a dinâmica processual gera ampla atividade das partes no processo em colaboração reativa⁷⁷⁹ para a construção do direito.

A dupla aderência da Jurisdição ressemantizada pelo Processo culmina na fusão da *auctoritas*⁷⁸⁰ (dimensionado na função jurisdicional) e da *potestas* (dimensionado na administração da justiça), superando a clássica visão do juiz apregoado à aplicação do direito, para a de um processo em que e opere a compreensão hermenêutica em um desvelar fenomênico

significación. Esa instauración del sentido de la disputa no coincide, por lo general, con el sentido que comparten los actores sociales, ni con la versión o traducción a valores públicos que éstos hacen, ni necesariamente con la que proponen los demás actores judiciales. El problema que tratan abogados y partes y que resuelven los jueces (es decir, la *litis*) es instituido, en buena parte, por ellos mismos. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral.P. 103-105)

⁷⁷⁸Persiste con fuerza la opinión de que el poder excluye la libertad. Pero no es esto lo que sucede. El poder del yo logra su nivel máximo precisamente en la constelación en la que el otro se amolda voluntariamente a su voluntad. El yo no agobia al otro. Un poder libre no es ningún oxímoron. El poder libre significa que el otro obedece libremente al yo. Quien quiera obtener un poder absoluto no tendrá que hacer uso de la violencia, sino de la libertad del otro. Ese poder absoluto se habrá alcanzado en el momento en que la libertad y el sometimiento coincidan del todo. (HAN, Byung-Chul. **Sobre el Poder**. Barcelona: Herde, 2005. P. 6-7)

⁷⁷⁹Se ora le leggi dello Stato distribuiscono in un certo modo tra gli individui le dosi della libertà e della relativa autorità, si osserva nella vita di massa che gli ostacoli alla libertà non solo si moltiplicano, ma hanno la caratteristica di non poter capovolgersi, in coloro che li mettono in azione, ponendosi come loro libertà: sono ostacoli bruti, suscettibili sì di essere usati come strumenti di una volontà libera, ma non creazione di libertà. In altri termini, nella vita di massa quando un'autorità si enuclea rimane al di fuori della massa medesima, non partecipa alla dialettica del capovolgimento: l'autorità per gli uomini ammassati è puramente autorità e la libertà resta tutta dall'altra parte, fuori e contro di loro. Perciò dai regimi di massa sono praticamente inscindibili i regimi dittatoriali, quelli cioè in cui la dialettica della libertà è bloccata: tutta la libertà da una parte e tutti l'autorità dall'altra, senza possibilità di capovolgimenti. Invece i regimi democratici sono, teoricamente, quelli in cui la dialettica della libertà è operante, nel senso che l'autorità non rimane fuori del popolo (popolo cioè non massa che crea una serie di ostacoli bruti a ciascun suo componente, ma complesso d'individui liberi), bensì in ciascun membro del popolo la libertà e l'autorità sono insieme presenti e non viene interrotto il loro circuito. (SFORZA, Widar Cesarini. **Crisi della libertà e crisi della legge**. in AA. VV., *La crisi dei valori*. Roma: Partenia, 1945, Pp.43-56. P.48)

⁷⁸⁰La idea de auctoritas penetra todo el sistema de la constitución republicana. Ahora bien, es una noción que informa la res publica romana desde los orígenes de la misma formación política romana, es decir, desde los tiempos monárquicos hasta su enrarecimiento en época imperial y confusión definitiva en el Dominado. Por tanto, es una idea que se ha de conectar con la filosofía política romana ab origine y no con la república romana stricto sensu o régimen caracterizado por el equilibrio ponderado de elementos monárquicos, democráticos y aristocráticos. La definición de auctoritas en el marco de la filosofía política romana, haciendo abstracción de su inseparable relación con la potestad, sería, a nuestro juicio, la siguiente: la actualización o proyección práctica de la superioridad ideal, por dignidad, prestigio o saber, que la comunidad reconoce como cualidad incontestable de un sujeto o grupo de sujetos". No quisiéramos finalizar sin manifestar que la auctoritas, que antaño se revelara en Roma como eficaz instrumento de control del poder, no fue recuperada por la moderna teoría política. Las nociones axiales de «soberanía», como poder exclusivo y excluyente, y de «separación de poderes», como control del poder por el mismo poder, le imposibilitaron el acceso a la teoría constitucional moderna. (MORA, Javier Casinos. El Dualismo Autoridad-Potestad como fundamento da la Organización y del pensamiento Políticos de Roma. **Polis Revista de Ideas y Formas Políticas de la Antigüedad Clásica** n.º11, 1999, Pp. 85-109. P. 107-108)

conflitual; uma fusão que vem a legitimar socialmente as tutelas de interesses pela legitimação democrática processual.

A *auctoritas* tem sido atributo de todas as sociedades e tempos^{781,782}, pois corresponde à estrutura organizacional também das sociedades mais primitivas. Isso porque a *auctoritas*

⁷⁸¹Desde la perspectiva de la constitución republicana stricto sensu, la libera res publica, la relación entre autoridad y potestad tampoco era de preeminencia de una de ellas sobre la otra sino de complementariedad y el equilibrio de una y otra se sintetizaba en la idea de libertas populi y era garantía de la armonía y diuturnidad de la república. La estructura constitucional republicana o de la libera res publica se basa en un juego de antinomias o de tensión política, la fundamental de las cuales es también la antinomia potestad-autoridad o, en otros términos, la antinomia entre el «poder» y el «parecer». Pero este juego de antinomias no se agota aquí en la época republicana. Efectivamente, la existencia de dos grupos sociales contrapuestos, plebeyos y patricios, también se resolverá políticamente en una tensión, en una antinomia pero restringida al ámbito de la potestad, una antinomia potestativa entre los poderes de los magistrados y la intercessio tribunicia, que se neutralizan recíprocamente y proporcionan un estado de ausencia de vis, de ausencia de coacción. En ello reside también el fundamento de la libertas y, más específicamente, el de la aequa libertas de patricios y plebeyos. Esa libertas, como afirma Iglesias, «está en poder obrar dentro del marco de lo preferido, que es lo contrario a lo impuesto. La libertas de los ciudadanos comunes y ordinarios, más gráficamente, radica en no querer ser libres del todo, acatando espontáneamente el mando de los «hombres superiores». La importancia de la auctoritas será tal que aparecerá concebida como elemento necesario para la propia estabilidad de la res publica. «La república», declarará Cicerón, «necesita del consejo y el pueblo de la autoridad de los optimates»: continet enim hoc rem publicam, consilio et auctoritate optimatum semper populum indigere. Las prerrogativas de la autoridad eran de tal magnitud que la colocaban en una posición paritaria a la de la potestad, de ahí que fuera una eficaz contrabalanza de ésta y, consiguientemente, una garantía contra un eventual abuso del poder. Esto se observa bien en relación con los augures que, investidos de autoridad, podían, conforme a la información que nos proporciona Cicerón en leg. 2, 12, 31, disolver los comicios convocados por los magistrados dotados de imperium o por los máximos órganos políticos e incluso anularlos una vez celebrados; acordar la suspensión de una deliberación ya comenzada; decidir que los cónsules abdicasen de su magistratura; conceder o denegar el derecho de convocar a la plebe o al pueblo; o decidir la abrogación de las leyes votadas ilegalmente. (MORA, Javier Casinos. El Dualismo Autoridad-Potestad como fundamento de la Organización y del pensamiento Políticos de Roma. **Polis Revista de Ideas y Formas Políticas de la Antigüedad Clásica** n.º11, 1999, Pp. 85-109. P. 95-98)

⁷⁸²The theory of jurisdiction based on imperium is the oldest of the three. Theodor Mommsen saw the criminal and civil jurisdiction of the emperor as facets of his personal powers. He claimed that imperial jurisdiction was based on the ancient imperium of the kings, which included jurisdiction. Later it was suggested that Augustus received jurisdiction authority in civil cases in 19 bc as a part of his perpetual consular imperium, so that the emperor's jurisdiction in the provinces relied on his imperium. In the imperial provinces the basis would have been the emperor's imperium, while in the Senate's provinces jurisdiction relied on the emperor's proconsular imperium maius. In Rome and Italy jurisdiction was exercised through imperium consulare and its voluntary jurisdiction, through he had also, according to Dio, proconsular imperium within the pomerium. For all of these theories, the evidence is more or less anecdotal. A similar process of elaboration can be observed in the theory of jurisdiction based on imperial auctoritas. Its proponents saw the auctoritas of Augustus as a constitutional concept giving the emperor a wide range of powers, including universal jurisdiction. Its critics have maintained that this conception would wholly destroy the idea, pioneered by Mommsen, that Augustus created a monarchical power structure by combining individual powers, replacing it with the Severan conception of imperial powers. The constitutional understanding of auctoritas would also give Augustus the power to change the law through his edictis and to instruct magistrates on how to exercise their jurisdiction. Auctoritas was, of course, a central concept in the public image of Augustus. Defined as a para-constitutional term, it was used to connote a number of things, beginning with moral and intellectual authority to being an auctor, an initiator, and guarantor. In traditional Roman constitutional thought, the Senate was the traditional repository of auctoritas by virtue of its statesmen. Possessing auctoritas provided influence that was the way Augustus operated. Even during the civil wars, he had sought the assistance of the Senate in gaining auctoritas, and always recognized its importance. One of the issues troubling the imperium or auctoritas approach is that they both rely heavily on Augustus Res gestae, which is a work of justification after the fact. How much it casts light on the actual situation is questionable, since it does not mention Augustus having jurisdiction at all, because that would have been inconsistent with the idea of the idea of the Republic. Of course, Augustus was equally the princeps senatus, a position that would have given him a role in the use of the jurisdiction of the Senate itself. (TUORI, Kaius. **The Emergence of Roman Imperial Adjudication: Roman Society and Law**. New York: Oxford University Press, 2016)

possui acepção de saber ou verdade socialmente reconhecida, como prestígio ou dignidade dos Juízes na sociedade; como autoridade detentora de sabedoria.⁷⁸³

A função jurisdiccional como *auctoritas* é expressada pela decisão judicial, sendo o reflexo da autoridade do julgador, que é mais do que um simples funcionário⁷⁸⁴; representa uma expressão do *imperium* da jurisdição. Inicialmente, o *imperium* pertencia à própria jurisdição, aderido à *auctoritas*, mas depois passou a ser expressão da *potestas* das partes processuais – e não mais do Estado pela *lex* - em um modelo de Estado Ativo-Responsivo, que propicia tal redimensionamento do Poder pela participação ativa dos cidadãos^{785,786}.

⁷⁸³Podría considerarse que la institucionalización de la contraposición potestas-auctoritas surge, precisamente, cuando aparece un poder fuerte que sustituye al poder de los grupos federados, a la asamblea de los proceres de las pequeñas comunidades vecinas. La auctoritas vendría a ser un vestigio de una especie de antiguo «poder-autoridad» que ostentaba un primordial órgano soberano de tipo senatorial, en cuyo seno se aglutinaban las dos ideas de potestad-imperio y autoridad. Ambas ideas quedarían, pues, delimitadas con la instauración de la monarquía. De este modo, se explicaría la importancia concedida por los analistas a la auctoritas patrum del Senado monárquico y la funcionalidad del interregnum como alternancia en la soberanía. Que la aparición de la figura del rex se produjera traumáticamente, por imposición, o de modo pacífico por la común conveniencia de personalizar el poder es algo que no se puede saber con certeza. De acuerdo con lo afirmado se puede conjeturar que la monarquía consistió en una paralización de un interregno rotativo en el seno de una única magistratura colegial de tipo gentilicio y que, una vez consolidada la nueva situación monárquica, quedó como vestigio del antiguo poder compartido la auctoritas patrum y se produjo la disociación en la esfera política de las ideas de poder y autoridad. La segunda permanecería en los patres, el primero, creado ad hoc, sería atribuido al rex a través de la *lex curiata de imperio*, la cual podría considerarse, como indica D'Ippolito «el momento crítico en el que el interrex temporal original se impone como rey tendencialmente vitalicio». Los dos vectores fundamentales de la dialéctica filosófico-política romana serán, pues, la autoridad y la potestad. Estas ideas germinales de potestad y autoridad se remontan al momento inaugural de la organización político-social cívica romana. El binomio «autoridad-potestad» constituirá desde entonces para los romanos un singular axioma político, tradicional y no escrito, pero presente en todos los ámbitos de su vida político-social y también religiosa, una constante de su experiencia histórica. (MORA, Javier Casinos. El Dualismo Autoridad-Potestad como fundamento de la Organización y del pensamiento Políticos de Roma. **Polis Revista de Ideas y Formas Políticas de la Antigüedad Clásica** n.º11, 1999, Pp. 85-109. P.90-91)

⁷⁸⁴En sentido estricto, esto es, desde la perspectiva constitucional, los jueces y magistrados no pueden calificarse de funcionarios. Es cierto que el apoderamiento del poder judicial por el ejecutivo, y su conversión en administración de justicia (Capítulo 2.º), llevó a considerar a los jueces y magistrados meros funcionarios, pero si hoy debe partirse de la concepción política del Estado que ve en el judicial un verdadero poder esa equiparación no puede sostenerse. Desde esta perspectiva de que los jueces y magistrados son autoridades, estando su estatuto regulado por normas de derecho político, hay que preguntarse cuáles son las notas específicas de ese estatuto, las que los diferencian de las demás autoridades. (AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. P.78-79)

⁷⁸⁵Y el pueblo cesa de ser un abstracto cuerpo electoral, una casa amorfa y neutra, una muchedumbre que aclama al jefe para adquirir tonalidad humana de compatriotas y estilo de vida para realizar un destino en 10 universal. Tras el poder del Estado funcional está la energía de una idea. Idea fuerza que no desconoce las estructuras sociales existentes, con todos sus condicionamientos, pero que las utiliza para un futuro deseable: paz, bienestar, justicia, amor, dignificación. [...] El hombre está más ligado que nunca a la estructura sociopolítica. De ahí la imperiosa necesidad de motivar el consenso del poder. Poder que ata, liga y obliga a gobernantes y a gobernados. Poder que se constituye -sociológicamente- en el consentimiento habitual de los gobernados, pero que adquiere consistencia propia y magnitud objetiva. Por eso vincula a sus propios titulares y suscita obediencia. Obediencia de personas libres y no de la gente. Mando de servidores públicos y no de propietarios del poder. El hombre y los valores para el hombre son finalidades esenciales de la política. El Estado de justicia vivificada por el amor tiene ante sí la egregia posibilidad de ser el órgano de realización de la verdadera vocación humana, En política -iluminada desde la politosofía- no se debe actuar sin justicia, pero no se puede vivir humanamente sin amor. (VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado**: fundamentos de filosofía política. México: Trilla, 2002. P. 97 e 98)

⁷⁸⁶Au regard du droit positif, le critère organique s'impose donc. Est un juge celui qui est institué comme tel par l'Etat. Le juge est le dépositaire de l'imperium, imperium qui n'est autre qu'une manifestation de l'imperium de

l'Etat. En effet, le Professeur Jarosson a démontré que la *jurisdictio*, la fonction juridictionnelle, ne se confondait pas avec l'*imperium*. Plus précisément, il a démontré, par l'étude du droit romain, notamment des *legis actiones*, qu'originellement, le juge ne disposait que de l'*imperium*, il préparait le litige, litige qui était tranché par un magistrat qui était un particulier désigné par le juge. L'avènement de la *jurisdictio* du magistrat fut corrélatif de l'abandon de ces actions au profit de l'adoption de la procédure formulaire. S'appuyant sur les travaux de certains romanistes, il a mis en évidence que « la *jurisdictio* trouve son fondement dans l'*imperium* », « l'*imperium* est un ensemble de pouvoirs ; l'un d'entre eux est la *jurisdictio* ». L'opposition entre la *jurisdictio* et l'*imperium* relève donc du mythe. L'*imperium* du juge n'est que l'une des manifestations de l'*imperium* de l'Etat, la fonction juridictionnelle est donc une fonction étatique, il n'y a de juge que par l'Etat. Se pose alors la question du sens de la fonction juridictionnelle. Cette question n'est abordée en doctrine de manière générale qu'au regard de la théorie de l'acte juridictionnel. « Etre ou ne pas être juridictionnel, telle est la question ». La théorie de la fonction juridictionnelle est sans aucun doute l'un des points de procédure les plus controversés. Il n'est pas question ici de reprendre l'ensemble théories auxquelles elle a donné lieu. Elles sont bien connues, les écrits sur la question sont innombrables. On sait que, selon l'époque, selon l'identité de l'auteur, la définition diffère, chacun cherchant à analyser la fonction juridictionnelle au regard des enjeux de la matière qu'il étudie. Dans un premier temps, les auteurs ont proposé un critère formel; puis dans un second temps des critères matériels notamment celui relatif à la contestation, à la structure de l'acte ou encore à la finalité de l'acte sont apparus. Aujourd'hui la doctrine se prononce pour une combinaison de ces critères pour adopter une définition commune à la majorité des auteurs qui est celle de la constatation par un tiers étranger aux intérêts en cause. Aucune de ces théories n'emporte notre conviction, non pas en raison des argumentations développées, mais en raison de la méthode choisie. Selon celles-ci, ce serait au travers du produit de la fonction juridictionnelle que cette dernière pourrait être comprise. Nous ne partageons pas ce point de vue et rejoignons Vizioz lorsqu'il avançait que « ce n'est point de l'existence d'actes juridictionnels ayant une nature spécifique, qu'on peut induire l'existence d'une fonction juridictionnelle distincte mais c'est parce qu'une fonction spéciale s'impose à l'Etat, fonction qui consiste à trancher des prétentions, qu'il existe des actes présentant un caractère propre, adapté à l'objet de cette fonction : la nature de l'acte juridictionnel est donc d'ordre « fonctionnel ». Autant dire que les fonctions de l'Etat, tout du moins la fonction juridictionnelle, doivent être caractérisées et différenciées d'après leur objet, qu'elles ne peuvent pas l'être exclusivement d'après leur nature interne, le contenu des actes par lesquels elles se traduisent ». Ce n'est pas parce que le juge rend un acte juridictionnel qu'il exerce une fonction juridictionnelle, c'est parce qu'il exerce une fonction juridictionnelle qu'il rend un acte juridictionnel. Il est en effet, peut-être, le temps de de la fonction juridictionnelle, il est l'instrument de la fonction juridictionnelle. Il ne sera donc entendu ici que comme l'acte nécessaire pour la réalisation de la fonction juridictionnelle, que comme l'acte nécessaire pour que le juge puisse trancher le litige. On pense ainsi à la Cour de cassation qui est un véritable juge institué par l'Etat, qui rend des actes juridictionnels mais qui pour autant ne tranche pas de litige. Elle considère que la finalité de l'acte est un critère pertinent pour comprendre les manifestations des actes juridictionnels et de ceux qui ne le sont pas. L'acte juridictionnel n'est pas le produit est la garante de la conformité des normes juridictionnelles à l'ordonnement juridique. La décision de la Cour de cassation est cependant nécessaire pour le règlement du litige qui a donné lieu au pourvoi, car le litige ne pourra être définitivement tranché qu'une fois que la Cour de cassation aura statué sur la conformité de la norme juridictionnelle à l'ordre juridique. Les explications relatives à la fonction juridictionnelle au travers de la structure de l'acte juridictionnel ont conduit à définir la fonction juridictionnelle comme le fait de dire le droit et non de trancher les litiges. Exercerait la fonction juridictionnelle le tiers qui se livre à une constatation. Nous ne souscrivons pas à ces analyses et pensons que la constatation n'est pas autre chose que la méthode de la fonction juridictionnelle, méthode qui se traduit par la réalisation du syllogisme juridique et qui consiste à appliquer la règle de droit aux faits. En effet, ainsi que la souligne une partie de la doctrine « on dit volontiers que la constatation se réduit à un syllogisme: la majeure en est la règle de droit; la mineure est constituée par les faits de l'espèce concrète sur lesquels s'appuie la prétention; la conclusion consiste dans la réponse par oui ou par non posée ». Le fait de construire le syllogisme juridique n'est qu'une activité intellectuelle à laquelle se livre le juge. Appliquer le droit aux faits, telle est la méthode traditionnelle du juge pour remplir la fonction juridictionnelle qui se caractérise par l'opération de qualification juridique des faits. Là où Motulsky voyait dans le syllogisme juridique un mécanisme permettant la réalisation du droit, il convient d'y voir plus largement un mécanisme intellectuel de motivation du droit, plus précisément un mécanisme de motivation de la norme juridictionnelle. Le syllogisme est caractéristique de l'obligation de motivation de la norme juridictionnelle. Cette dernière doit être entendue comme la norme juridique contenue dans le dispositif du jugement. Elle est la norme juridique qui va venir imposer un modèle de conduite aux parties, elle est une norme juridique à portée individuelle. Pour reprendre la formule de Ripert, « le juge n'est jamais que le législateur des cas particuliers », la fonction juridictionnelle est une fonction contentieuse et normative. Aussi, si trancher les litiges est l'objet de la fonction juridictionnelle, dire le droit en est la méthode. L'office du juge quant au litige est donc de trancher les litiges en motivant la création de la norme individuelle. 265. Derrière l'office des parties et du juge au regard du principe dispositif se dissimule donc l'office du juge et des parties quant à l'élaboration de la norme juridictionnelle. Da mihi factum, dabo tibi

Nesse sentido, a *auctoritas* deve, por seu próprio fundamento, concorrer com a *potestas jurisdictional* (administração da justiça e governo processual das partes), para que a decisão judicial criada pela autoridade detenha legitimidade democrática processual. A *auctoritas* tem como sua expressão máxima a atividade criadora do direito⁷⁸⁷, a qual acerta-se na dinamicidade processual, pois corresponde ao Juiz, cada vez com maior frequência, fazer aquilo que o legislador não é capaz; corresponde dizer, atribuir dignidade a tutela jurídica às novas necessidades e aos novos direitos. Já não é a preexistência de um direito subjetivo determinado que abre via ao acesso a jurisdição, mas também em casos nos quais exista uma situação jurídica subjetiva em que um interesse relevante mereça ser tutelado em sede judicial (fenômenos da vida não apreendidos pela lei).⁷⁸⁸

O *imperium* não pode ser separado da *iurisdictio*⁷⁸⁹ e por consequência deve *auctoritas*, como função jurisdicional, estar correlacionada e operante para a composição desse modelo de Estado Ativo-Responsivo, muito distinto o que ocorre com o Estado Moderno. O Estado Moderno limita o Poder Judiciário ao *ius dicere* acertado na aplicação do direito como lei, segue essa forma um modo de tolher a atividade prática criativa do Juiz. Essa mesma situação ocorreu outrora na história: a canonização do Direito Romano, até então marcado pelo *ius facere*, foi

jus, donne-moi le fait juridique, je te donnerai la norme juridique. Nous avons vu que le principe dispositif imposait aux parties de délimiter le fait juridique, il se caractérise par la création d'effets juridiques non recherchés dont les effets peuvent être sanctionnés par un jugement. Or, la sanction de ces effets n'est autre que la concrétisation par le jugement des effets juridiques qui sont renfermés dans le fait par l'édition de la norme juridictionnelle. En cela, on peut affirmer que le fait est source de droit⁷³⁹. Jurisdictio, dire le droit étymologiquement, dire la norme juridictionnelle. Le juge qui exerce la fonction juridictionnelle est donc le juge qui crée la norme juridictionnelle inhérente au fait juridique, le juge qui tranche le litige en motivant sa décision dans le jugement. Le principe dispositif se révèle être une garantie de la fonction juridictionnelle car, lorsque les parties délimitent leur litige, le juge tranche un litige (Chapitre 1) en motivant dans le jugement. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P. 131-134)

⁷⁸⁷La jurisdicción es una actividad creadora de derecho, que no se puede ver limitada a aplicar ciegamente la legalidad so pretexto de proteger seguridad jurídica. Incluso, la jurisdicción ha precedido históricamente a la legislación, como en el caso de la equidad. La legalidad es tan solo una manifestación de la seguridad jurídica y no debe agotar todo el ámbito del fenómeno jurídico. Lo que importa es que toda decisión jurisdiccional puede ser fundada en derecho, imperativo mismo de la seguridad jurídica; aunque éste soporte ha de estar siempre medido por la justicia, en los términos ya referenciados en este trabajo en apartes anteriores. Las normas elegidas como fundamento a las decisiones judiciales no son meros presupuestos y deben ser sometidas a un proceso de adecuación que exija de un trabajo arduo de interpretación, aplicación y posterior creación frente al caso concreto. (RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 19, 2007, Pp. 1-19. P. 22)

⁷⁸⁸RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 19, 2007, Pp. 1-19. P. 22-25.

⁷⁸⁹É igualmente explicável o predomínio absoluto da *actio* sobre os interdictos, ocorrido precisamente no momento em que, o Império Romano desaparecia cedendo lugar à formação da cultura medieval. O desaparecimento das ações executivas e mandamentais, sufocadas ambas pela tutela condenatória, teve causas mais políticas do que propriamente jurídicas. Com a queda do Império Romano, desapareceu, o império do magistrado consagrando-se a jurisdição como notio, não mais como imperium, de que os interditos foram, em determinado momento, uma expressão relevante, no direito romano clássico. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 101)

tolhido e absorvido pela Igreja, a qual reflete a atividade alcançada pela legitimidade social da *auctoritas*.

Desse modo, tanto o Estado Moderno como a canonização do Direito Romano são fragmentos históricos que acercaram a atividade judicial, distorcendo o sentido dos institutos processuais e do próprio direito⁷⁹⁰. Por isso a importância de se utilizar da *auctoritas* como *legitimação democrática processual*, tal como ocorria na fonte do brocardo, que é latina, cunhada no momento em que o Direito Romano reconhecia a experiência prática do juiz como essencial a adaptação existencial⁷⁹¹:

⁷⁹⁰Chaque civilisation a son système de procédure. Rome avait le sien, et, quoique notre droit soit, en plus d'un point, la copie du droit romain, notre procédure n'a rien de commun avec la procédure romaine. Les Allemands, les Anglais sont nos proches voisins; les usages de la vie, chez eux, ne diffèrent guère de ce qu'ils sont chez nous, les commotions politiques qui nous ont éprouvés les ont aussi agités, et cependant les formes judiciaires en usage chez ces peuples n'ont presque aucun rapport avec celles de nos tribunaux. Un jurisconsulte français saisisrait aisément les dispositions des lois civiles de l'Autriche ou de la Prusse, tandis que nos praticiens les plus exercés et les plus formés aux ambages de notre procédure resteraient pleins d'embarras devant une juridiction de ces pays. On dirait que le sanctuaire des tribunaux, les cabinets des gens d'affaires ne ressentent pas le courant que la civilisation établit de nation à nation et. ne sont influencés ni par les théories des philosophes, ni par l'imagination des rêveurs. Les précédents, la routine même y font seuls d'ordinaire sentir leur empire. Les révolutions n'ont détruit point le système judiciaire particulier à chaque peuple ; le fond subsiste malgré l'action du temps. A Rome, la procédure extraordinaire avait succédé au système formulaire, la procédure formulaire aux actions de la loi, et cependant la procédure per extraordinaria judicia avait plus de rapports avec les legis actiones qu'avec notre Code de procédure ou l'ordonnance de 1667. Chez nous, le code actuel se rapproche plus des ordonnances qui l'ont précédé que des usages et des formules rigoureuses des attorneys d'Angleterre. Meijer, dans l'introduction de son livre sur les Institutions judiciaires, a déjà remarqué que, si l'Europe entière a longtemps obéi aux lois civiles des Romains, si plusieurs peuples les suivent encore, il n'en est aucun qui ait emprunté la procédure romaine. Mais ce savant ajoute une réflexion non moins juste lorsqu'il remarque, en outre, que l'on chercherait vainement dans l'histoire l'exemple d'un peuple qui, sans avoir perdu son indépendance et son existence nationale, ait adopté la procédure d'une autre nation. Ce fait, que chaque nationalité principale possède pour l'application de ses lois civiles un système particulier de formes judiciaires, comme elle possède un langage à soi pour l'expression de ses idées, est extrêmement digne d'attention, et le législateur doit nécessairement en tenir compte ; car, si chacune des grandes races européennes possède un système de procédure qui s'est instinctivement développé avec ses institutions judiciaires et sa civilisation^ il faut en conclure que des importations étrangères ne peuvent, si ce n'est pour quelques détails, être un bon moyen d'améliorer les formes juridiques. Ces formes, purement arbitraires pour la plupart, et qui semblent indifférentes, ces lois adjectives dont le rôle est secondaire, ont, par l'effet du temps et par la force de l'habitude, composé un ensemble tellement lié qu'il fait en quelque sorte partie des mœurs nationales. Et ainsi, cette partie de la législation, qui semble la moins digne d'attention, s'élève presque au rang des institutions politiques. Nous pouvons encore conclure de là que tout système nouveau, créé à priori, ne pourrait que bouleverser le droit et augmenter la confusion d'où naissent les procès; que le point de départ d'une bonne réforme de la procédure est dans l'amélioration raisonnée du système en vigueur chez un peuple et non dans l'adoption de théories ingénieuses et séduisantes peut-être, mais que leur nouveauté rend inacceptables dans une matière où l'expérience surtout doit avoir de l'autorité. En effet, un système de procédure ne se produit pas dès l'abord tout arrêté, tout complet : il se développe et se perfectionne de jour en jour. Il est donc de vrai de dire de la procédure civile ce qu'un criminaliste contemporain disait récemment de l'instruction criminelle. (BORDEAUX, Raymond. **Philosophie de la Procédure Civil**. Paris: Evreux, 1857. P. 35-37)

⁷⁹¹Em quien tenía y ejercía la mayor potestade del Estado Romano. Superaba a todos los magistrados em Auctoritas, pero esta Auctoritas más que una condición personal, el resultado es una acumulación de poder que exigía un reconocimiento público de la persona que lo ostentaba y quien se acepta la capacidad de intervención y de decisión em los asuntos del Estado. Gracias a estas correspondientes potestades (censorial, la potestade tribunicia, el imperio proconsular, la autoridad religiosa, además de privilegios particulares), el Principis poseía un poderoso fundamento institucional con el que dominar y controlar los tres grandes elementos del Estado: el Senado, el Pueblo y el Ejército. (URIEL, Pilar Fernández; ROMERO, Irene Mañas. **La Civilización Romana**. Madrid: Uned, 2013)

Como hoje se sabe, havia em direito romano dois institutos de proteção e defesa dos direitos, capazes de ser invocados perante os magistrados: a *actio* e os *interdicta*, além de outros meios extraordinários, como os últimos como as denominadas *stipulationes praetoriae* e as *restitutio in integrum*, tidos estes, porém, especialmente os interditos, como providências de natureza administrativa, exercidas pelo *praetor* romano, distintas da verdadeira jurisdição. [...] a partir de um determinado momento da evolução do instituto, especialmente no período clássico romano, o campo da *iurisdictio*, compreendia exclusivamente a função de *declaração do direito*, excluídas, portanto, de todas as demais atribuições desempenhadas pelo pretor, tais como as *stipulationes praetoriae*, os interditos, a *restitutio in integrum*, a *missio in possessionem* etc. [...] esta concepção estreita de jurisdição, como simples declaração de direitos, estava firmemente consagrada em direito romano, como consequência da oposição entre os conceitos de *iurisdictio* e *imperium*, de modo que a jurisdição acabou sendo limitada ao procedimento ordinário, dado que o pretor romano não pode ele próprio proclamar diretamente a existência de um determinado direito.⁷⁹²

A cisão entre *imperium* e *iurisdictio* acentua-se com o Estado Reativo com a oposição entre jurisdição e poder, algo que persegue as teorias processuais até a hodiernidade, e impõe essa cisão entre *imperium* e *iurisdictio* a separação entre questões de direito e questões de fato, de modo que as decisões sobre os fatos achavam-se fora da jurisdição, e podem apregoar-se ao brocardo *iura novit curia*, integrando o *imperium* do Estado-Juiz pela *auctoritas* – aqui acertasse a independência de atribuições do juiz: havia julgamento quanto ao direito como lei, e não

⁷⁹²Desta peculiaridade inerente ao poder jurisdicional decorre o princípio de que o juiz não está sujeito a subordinação hierárquica de qualquer espécie, não cabendo a nenhum tribunal superior interferir no exercício da atividade jurisdicional dos juízes que exerçam jurisdição de grau inferior. Esta característica, própria do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que assegura a absoluta independência dos juízes, não só perante os órgãos superiores da magistratura mas igualmente frente aos Poderes Executivo e Legislativo, realça o *princípio do juiz natural*, segundo o qual ninguém poderá ser privado do julgamento pelo juiz a que a própria Constituição haja outorgado competência para o caso, sendo vedada a instituição de tribunais de exceção. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 37)

decisão, enquanto ato de vontade manifestada pela experiência prática do juiz, tolhento sua atividade criativa nascida do fenômeno conflitual⁷⁹³.^{794,795}

Aprisionar o Juiz a lei é aprisionar à *potestas política* (ou *summa potestas*), é sufocar a sociedade na lei que não lhe acompanha e que não lhe representa. A democracia representativa, muito embora seja o reflexo da necessidade de ruptura com o Estado Arcaico, vem a ser a possibilidade da Burguesia concentrar o poder na propriedade e assim desconsiderar os humanos como não-humanos e realizar a centralidade do Poder em um poder político pela *lex*. O Estado-Legislator, para evitar avances da Aristocracia Judicial, limita seus poderes à vinculação das decisões a lei e justifica seu poder na legitimação social pela democracia representativa, criando uma artificialidade no tocante à representação democrática, legitimando seu poder politicamente no império da lei na sua representação. O modelo de Estado Liberal, quando sofre uma profunda crise de legitimidade legal, acaba por possibilitar o direito aos que não tinham direito: vários juízes começam a dar voz ao povo e a construir legitimidade política em suas decisões. Começa na aplicação da lei por meio da interpretação a atingir a centralidade política da lei, proporcionando com o passar dos tempos, e com vários efeitos jurídicos, a alteração da epistemologia do direito à formação de uma epistemologia constitucional, propiciando ao juiz protagonismo e gerando a politização jurisdicional do direito. Passo que segue foi a reestruturação do estado em um modelo de Estado Democrático. Este modelo foi um ponto de transição de diversos paradigmas. Ele demarca na atualidade a centralidade política dos

⁷⁹³Desta peculiaridade inerente ao poder jurisdicional decorre o princípio de que o juiz não está sujeito a subordinação hierárquica de qualquer espécie, não cabendo a nenhum tribunal superior interferir no exercício da atividade jurisdicional dos juízes que exerçam jurisdição de grau inferior. Esta característica, própria do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que assegura a absoluta independência dos juízes, não só perante os órgãos superiores da magistratura mas igualmente frente aos Poderes Executivo e Legislativo, realça o *princípio do juiz natural*, segundo o qual ninguém poderá ser privado do julgamento pelo juiz a que a própria Constituição haja outorgado competência para o caso, sendo vedada a instituição de tribunais de exceção. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: 2002, Forense. P. 34 e 37)

⁷⁹⁴Es curioso que ya nadie, en nuestros días, crea en la incuestionable racionalidad del legislador y, sin embargo, el empeño por seguir perpetuando la imagen técnico-científica dei Derecho, desde la formación en serie de juristas en nuestras facultades de Derecho, hasta en el momento de aplicación e interpretación dei Derecho, mantenga como dogma la neutralidad y objetividad dei juez. No es mi intención contribuir a la deslegitimación del oficio de jurista o a descalificar la misión del juez, todo lo contrario. Pero lo cierto, y citando a w. Paul, es que «los jueces se han convertido tendencialmente en creadores de Derecho y configuradores políticos. La imagen tradicional de un jurista apolítico, que interpreta conforme al sistema y no hace otra cosa que subsumir el hecho bajo la norma ha desaparecido de la praxis profesional hace tiempo». Me parece, pues, necesario rescatar a jueces y juristas de la confortable morada que les preparó el positivismo legalista, o de la no menos confortable e insonorizada estancia preparada por algunas teorías actuales sobre interpretación jurídica. (RUIZ, Juana María Gil. La función judicial: entre la ciencia y el control social. **Anuario de filosofía del derecho**, n.º 17, 2000, Pp. 273-304. 273-274)

⁷⁹⁵Cruet explicita muito bem essa concentração do Poder no Legislativo e a relevância da experiência prática do Poder Judiciário ao cenário social, vide CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938.

cidadãos ativos que exigem com essa sua superação de um mero indivíduo de direito, à constituição de um Estado Ativo-Responsivo, e junto a este um cidadão ativo.

É neste cidadão ativo que centra a *potestas* política que atinge o Processo e disso emerge a legitimidade democrática processual: de um lado, com a *auctoritas*, os cidadãos ativos letigimam e asseguram suas tutelas de direitos; de outro lado, oportuniza a participação no processo e na construção da decisão. O poder Jurisdicional em sua dúplici fusão entre função jurisdicional e administração da justiça se faz dos mais relevantes: o juiz assim legitima a criação judicial do direito, legitimidade democrática processual essa que é estabelecida pela dinamização processual. A sociedade por meio dos cidadãos ativos acabam estabelecendo a legitimidade democrática processual^{796, 797, 798}

Este é, na verdade o *paradigma* doutrinário que ainda hoje sustenta o *Processo de Conhecimento*, com sua orgânica e essencial *ordinariedade*, a impedir a concessão de liminares, tomando os provimentos judiciais baseados em juízos provisórios e provas sumárias simples decisões interlocutórias, nunca de mérito. A identificação que a doutrina faz entre *decidir* e *julgar* é talvez o testemunho mais eloquente de que a jurisdição, tal como ela é concebida por nosso direito, resume-se numa pura declaração. Com efeito, julgar, enquanto ato intelectual, é apenas o antecedente lógico, ou pressuposto, para a decisão que é ato de vontade. A não ser que se para ele,

⁷⁹⁶En résumé, la juridiction n'est pas en soi une fonction irrétuctiblement distincte de l'administration, mais seulement une partie de la fonction administrative, soumise à un régime et à des formes spéciales. Pour qu'il y ait juridiction, il ne s'agit pas qu'il soit pris une décision portant sur un point de droit, contesté ou non, et consistant à dire le droit, mais il faut et, même en l'absence de tout litige, il s'agit que cette décision soit prise par une autoritéjurisdictionnelle, c'est-à-dire par une autorité spécialement affectée à l'exercice de la juridiction, cette autorité statuant dans des formes qui fournissent la garantie que sa sentence sera exempte de tout arbitraire, conforme à l'ordre juridique en vigueur, déterminée par des motifs de pure légalité ou d'équité idéale à l'exclusion de toute considération de buts administratifs ou d'intérêt général (MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de L'État**. Tome I. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1920. P. 410)

⁷⁹⁷A busca de segurança tão constante nas filosofias políticas do século XVII contribuiu sobremodo para o abandono definitivo, nos séculos posteriores até nossos dias, do pensamento clássico, de origem aristotélica, para o qual a compreensão do direito e as soluções dos problemas jurídicos haveriam de ser necessariamente contingentes, sujeitas a juízos de verossimilhança, nunca a juízos de certeza, próprios das ciências da natureza, inaplicáveis à moral e ao direito, enquanto ciências do espírito. [...] O Estado Moderno, concebido por Hobbes e pelos demais filósofos contratualistas dos séculos XVII e XVIII haveria de ser uma organização política sem qualquer compromisso religioso ou filosófico, em última análise, uma organização neutra e superior às sangrentas disputas ideológicas que até então haviam tornado precária a insegura convivência política – é a estritíssima relação entre o conceito de *jurisdição* que nos foi transmitido e as doutrinas que então sustentavam a formação do Estado absoluto. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.107 e 111)

⁷⁹⁸La gran operación, que se consolida en Francia a finales del siglo XVIII y que tiende a de manera paroxística a reducir el derecho a la ley, tiene varios significados, pero existe uno sobre el que la apologetica liberal siempre ha pasado de largo y sobre el que, por el contrario, conviene detenerse por su incisiva influencia sobre los sucesos futuros: se tendía 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 provado; por ello, se tendía a su monopolización por parte del poder; 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, agravando-se además su alarma separación de la sociedad. (GROSSI, Paolo. **Mitología Jurídica de la Modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 44)

decidir confunde-se exclusivamente com a pronúncia das palavras contidas da lei – seria impossível equiparar decisão à juízo.⁷⁹⁹

A função jurisdicional acertada com mero efeito declaratório⁸⁰⁰ no Processo de Conhecimento é explicada pela ideologia da separação de poderes. A autoridade judiciária deve apenas servir de árbitro, limitando sua atividade exclusivamente à função declaratória. O Direito Positivo apresenta um rigorismo dedutivista quanto à formulação das leis naturais, pois elas haveriam de ser tão evidentes que o ato de sua positivação somente poderia consistir em declará-las aplicáveis, assim limitando qualquer criatividade do juiz, desapego da experiência prática do juiz - negando qualquer possibilidade de oportunização dialética-dialogal entre as partes.

Nesse sentido, a segurança jurídica baliza, ou melhor, cerca a atividade jurisdicional e é a grande responsável por tornar a decisão judicial algo previsível, fechado. A Ciência Positiva fundou-se no paradigma científica matemático-cartesiano, para desvincular-se assim das decisões Monárquicas e da Igreja, as quais detinham um perfil totalitário quanto à propriedade e as liberdades individuais, além disso, o Estado-Legiferenta acercou-se na centralidade política para formulação da lei e na formação de um estado burocrático para proteger-se dos avances de uma Aristocracia Judicial, instituindo as decisões judiciais um caráter puramente instrumental e técnico-neutral, tolhendo as possibilidade de interpretação do Poder Judiciário^{801, 802}.

Compreendia-se, na modernidade, que o modelo piramidal clássico poderia conter o poder do juiz por meio de um sistema de normas disciplinares por uso interno e um limite normativo que funciona como um mecanismo formal de regulação interna. A função jurisdicional, nesse sentido, garantia a sua autonomia, independência e a neutralidade jurisdicional com a separação dos poderes é erigida essa *potestas* distorcida de constituição de

⁷⁹⁹SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 38.

⁸⁰⁰A exclusão da jurisdição voluntária do campo que a doutrina reserva ao que considera verdadeira jurisdição decorre, na verdade, de um pressuposto essencial do paradigma sob o qual nosso sistema foi concebido, qual seja o caráter exclusivamente declaratório da função jurisdicional. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: 2002, Forense. P. 35)

⁸⁰¹Em princípio, todo o direito subjetivo ou interesse legalmente protegido pode obter tutela jurisdicional, ou seja, todo o direito ou interesse é garantido pelo direito de acesso aos tribunais e a todo o direito ou interesse corresponde uma ação. (SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao Processo Civil**. Porto Alegre: Lex, 2010. P. 10)

⁸⁰²O processo interdital romano, em oposição ao processo da acto, fundava-se, por seu turno, em juízo de verossimilhança expressado pelo magistrado. Com o abandono das concepções clássicas, de vertente Aristotélica, com menosprezo à dialética como ciência do convencimento e da retórica em prol de juízos lógicos com pretensão de se alcançar a verdades absolutas, foram decisivos para preservar o conceito e os limites da função jurisdicional no Estado moderno, marcado pela ordinariedade. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.114-115)

redução e balizamento político da atividade jurisdicional⁸⁰³, criando uma série de metafisicas: distinguendo a criação do direito da aplicação do direito, distinguendo entre fato e direito, distinguendo entre um texto claro e outro obscuro, distinguendo ente mérito do direito e sua verossimilhança, distinguendo entre controle de legalidade e de oportunidade, distinguendo entre contencioso objetivo e subjetivo, instituindo uma visão dualista do processo.⁸⁰⁴

Se na lei não está todo o direito, e se não está monopolizado pelo Estado todo o poder de coerção, ha evidentemente um direito contra o soberano. E ahí *temos os cidadãos sacudidos pelas forças contraditorias da sociedade*, e tentados a todo o momento a pôr o Estado no logar da força dominante.⁸⁰⁵

⁸⁰³A ben vedere, la determinazione della giurisdizione – come le righe che precedono hanno tentato di mettere in luce – si colloca al crocevia di una serie di antitesi: il pubblico e il privato, la sentenza e il contratto, il legittimo e il giusto. Senza uscire dal corretto atteggiamento di puntare all’esatta applicazione delle norme positive, il giudice (in modo diverso, a seconda delle diverse situazioni processuali in cui è chiamato ad affrontare il problema) non può evitare il confronto con alcune linee di fondo che vanno ad equilibrare le antitesi a cui ho fatto cenno. Vi sono due elementi essenziali a cui guardare. In primo luogo, **il diritto sostanziale**. Se è vero che vi è una forte tendenza verso soluzioni uniformi, la varietà resta notevole e occorre riflettere che vi sono settori (si pensi, per non fare che un esempio evidente, alla concezione occidentale e a quella islamica in materia di diritto di famiglia, anche sul piano patrimoniale) nei quali le distanze sono considerevoli. Ora, il via libera ad una deroga di giurisdizione non può che essere collegato ad una prospettiva di ritorno nel nostro ordinamento di una pronuncia resa nel paese *a quo* e una prognosi sul tipo di normazione che verrà applicata. Da questo punto di vista, viene in gioco (certamente *ex post*, ai sensi dell’art. 64 della l. n. 218 del 1995, ma anche durante il giudizio, secondo l’art. 7 e probabilmente anche prima, al momento di pronunciarsi sull’efficacia o no di un’eccezione di difetto di giurisdizione) la nozione di ordine pubblico, da intendersi però non in senso grettamente nazionalistico, ma secondo una modalità esportabile da un ordinamento all’altro, nell’ottica di un mondo globalizzato. In questo senso, occorre rifarsi ad una concezione di un **nucleo di diritti essenziali**, non tangibili dal singolo legislatore nazionale: e quindi, seguendo un’autorevole lettura della Cassazione, al portato dei diritti inviolabili dell’uomo, come definiti da un’importante serie di testi a livello internazionale, dalla dichiarazione di Parigi del 10 dicembre 1948 dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite alla. (BIAVATI, Paolo. Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2009, Pp. 523-549)

⁸⁰⁴Si credeva che il modello piramidale classico potesse contenere il potere dei giudici attraverso un sistema di regole disciplinari per uso interno e un insieme di limiti normativi che funzionano con un meccanismo formale di regolazione interna: il «regno delle norme» avrebbe dovuto eliminare la minaccia del «governo degli uomini». La funzione giurisdizionale, garantita nella sua autonomia dalla separazione dei poteri, è stata poi delimitata da una fitta rete di confini formali: distinzione tra creazione del diritto e applicazione della legge, distinzione tra un testo intellegibile (che il giudice non è in grado di interpretare) e un testo oscuro, distinzione tra fatto (che è al di fuori della portata della Corte di Cassazione) e diritto, distinzione tra il merito del diritto e la sua verisimiglianza (che è proprio del giudice dei *référés*), distinzione tra controllo di legalità e controllo sull’opportunità (vietato ai tribunali amministrativi), distinzione tra contenzioso oggettivo e contenzioso soggettivo... da questa serie di dicotomie binarie, questo sistema di rigidi confini e di rigorose distinzioni ci si aspettava la certezza del diritto e l’obbedienza dei giudici alla legge. Si credeva in tal modo di poter contenere il rischio di megalomania⁶² e di assicurare la loro fedeltà alla volontà del legislatore e alla lettera della legge. (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.°3-4/2013. Pp.701-727. P. 717-721)

⁸⁰⁵CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938. P. 18-19.

Ao reduzir o Processo somente à mera declaração do direito como lei⁸⁰⁶, ou seja, aplicação, representando a figura do direito subjetivo a ser afirmado na decisão⁸⁰⁷, galgando um cientificismo dedutivo-lógico, acaba assim por força das teorizações do direito processual uma separação entre *judgamento* e *ordem* – além de reduzir as ações a apenas três espécies formadoras do Processo de conhecimento (declaratórias, constitutivas e condenatórias – produtoras de consequências exclusivamente *normativas* e não *fáticas* – presta tributo excessivo àquele pressuposto teórico, autentico *paradigma*, de modo que o processo de conhecimento declaratório e ordinário eliminam tutelas executórias, pois a ciência do direito processual civil nasce descomprometida com ideais de justiça, baseada tão somente na matemática e na busca da uma verdade do conceito. Essa ideologia é responsável pela formação da tendência a se privilegiar demandas plenárias em detrimento das formas sumárias de tutela processual⁸⁰⁸.⁸⁰⁹

A tradição romano-canônica, ou seja, o sistema jurídico da *civil law* retirou da jurisdição o *imperium*, o que acabou por reduzir seu poder à *iurisdictio* a simples *potestas*, acercando o

⁸⁰⁶Como sistema informador das normas de direito positivo, os princípios estruturantes dum ramo do direito manifestam-se nos vários preceitos que o constituem, incluindo, no que ao direito processual respeita, os que são chamados a regular os actos das sequencias processuais, pelo que o estudo da tramitação processual não pode mais ser hoje tido como um vaziu enunciar de formas impostas por lei, constituindo antes uma perspectiva essencial para a síntese própria de qualquer sistema normativo. (FREITAS, José Lebre de. **A Acção Declarativa Comum**. À Luz do Código Revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 5)

⁸⁰⁷On voit par cette définition quelles sont, en réalité, les relations de la juridiction avec la loi. Assurément, toutes les fois que le juge se trouve en présence d'une espèce rentrant dans les prévisions d'un texte de loi, il doit, pour cette espèce, dire le droit légal. Dans l'Etat légal moderne, le juge est tenu de dire avant tout, en fait de droit, celui qui est consacré par la loi elle-même. Non point parce que de sa nature la fonction déjuger se réduirait à une pure tâche d'application des lois. Mais cela s'explique par cette raison que la loi s'impose supérieurement à toutes les autorités étatiques subordonnées en puissance au législateur. De plus, en raison du caractère statutaire qui s'attache à la loi dans le cas où elle a disposé par voie de règle générale, il va de soi que toute question portant sur un point qui a été prévu et réglé par un statut législatif, trouve d'avance sa réponse dans cet ordre juridique statutaire et doit être solutionnée judiciairement par une application directe de la règle légale. Sous ce rapport, il est donc bien certain que la loi domine et gouverne

l'exercice de la fonction juridictionnelle. Mais il ne s'ensuit pas que cette fonction n'ait de raison d'être qu'en tant qu'il existe des lois à appliquer. Bien au contraire, il est permis d'affirmer que moins les lois sont nombreuses dans l'Etat, plus la fonction du juge y acquiert d'ampleur. Historiquement, cette affirmation se justifie par l'observation que la justice a fonctionné, sous forme arbitrale, dès avant que le droit se trouvât élaboré en forme de règles générales par la loi: à cette époque, il appartenait au juge de fonder par voie de solutions particulières l'ordre juridique, qui n'était pas encore fixé par voie de statut légal. Plus tard, et surtout à l'heure présente, la multiplication des lois a eu pour effet de raréfier de plus en plus les cas où le juge est appelé à trouver par ses propres moyens le droit à dire entre plaideurs. Mais, quand encore il ne subsisterait, en fait, qu'un seul et unique cas de ce genre, cela suffirait pour que l'on puisse et doive affirmer, en principe, que la fonction judiciaire se conçoit comme indépendante de l'existence préalable de lois à appliquer. (MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de L'État**. Tome I. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1920. P. 704-705)

⁸⁰⁸SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 33, 120 e 132.

⁸⁰⁹Consoante o tipo de pedido deduzido, a acção proposta diz-se declarativa ou executiva: é declarativa quando o autpr pede ao tribunal que declara a existência ou inexistência dum direito ou dum facto jurídico (acção de simples apreciação), que concede o réu na prestação duma coisa ou dum facto a que o autor tem direito (acção de condenação) ou que altere as situações jurídicas das partes em conformidade com um direito potestativo do autor (acção constitutiva); é executiva quando visa a reparação material dum direito violado, no pressuposto de sua existência; (FREITAS, José Lebre de. **A Acção Declarativa Comum**. À Luz do Código Revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 8)

Poder Judiciário da concretização da lei pelo efeito declarativo produzido com a decisão judicial e matizado com a motivação jurisdicional, limitada a jurisdição foi ao *ius dicere*, excluindo das funções do Juiz as funções que lhe eram as mais nobres, como foram desenvolvidas pelo pretor romano, que através dos interditos, quais sejam a tutela executiva e mandamental. Retirou-se o *ius facere* do juiz em sua experiência prática, assim tolheram a sua *auctoritas* que lhes era fruto da legitimidade adquirida por suas atribuições.⁸¹⁰

O fenômeno jurisdicional foi 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 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, inspirada no Direito Romano, entendia 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.⁸¹¹

Portanto, a *auctoritas* jurisdicional teve por muito seu *imperium* reduzido pela *potestas*, que reduzia as manifestações do juiz a lei, posta pela legalidade e publicidade de suas decisões aduzidas na decisão judicial pela motivação da decisão, ali se encontra a qualidade jurídica legal, ou melhor, ali deve ser deduzido o artigo de lei ao qual venha o magistrado manifestar sua decisão.⁸¹²

⁸¹⁰Se tivermos presentes as origens romano-canônicas de nosso direito e de seus institutos fundamentais, percebemos logo que essa limitação nas formas e instrumentos destinados à tutela jurisdicional dos direitos é inteiramente coerente com o conceito romano de jurisdição, concebida como simples *iurisdictio*, desprovida de *imperium*, exercida através do procedimento privado da *actio*, com a exclusão, precisamente, das duas funções mais nobres desenvolvidas pelo pretor romano, através dos interditos, quais sejam a tutela executiva e mandamental. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2ª Ed. Rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P. 123)

⁸¹¹SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.170.

⁸¹²La filosofía política contractualista había imaginado –y la Revolución se proponía realizar– un fundamento nuevo para el poder político: no más majestad divina, sólo el pacto y la delegación del pueblo o la nación para la protección de sus derechos. En ese tránsito tampoco el fundamento del poder del juez podía permanecer intacto: una vez desligada de su antigua majestad, la función judicial encontraba único fundamento en su estricta sujeción a la ley, entendida como garantía de libertad. De ese modo resultaba fortalecida la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio judicial –que ya estaba presente en la concepción monárquica de la *auctoritas* judicial– y además ella comenzaba a ser vinculada con exigencias de publicidad relativas al proceso y al saber del juez, que venían a sustituir al secreto y la concepción autocrática del saber jurídico que habían acompañado antes a la majestad de la función judicial. Legalidad y publicidad son, según veremos, los tópicos con que se relaciona la nueva savia que recorre, tras el fin del antiguo régimen, a la exigencia de fundamentación. (SCAGLIOTTI, Daniela Accatino. **La Fundamentación de las Sentencias: ¿un rasgo distinto de la Judicatura Moderna?** *Revista de Derecho*, Vol. XV, 2003 Pp. 9-35. P. 10)

A nova onda renovatória do processo impõe a figura de um Judiciário que não mais ocupa uma posição passiva como acima aludido, pois evidencia-se um poder burocrático, onde é aniquilado o fator existencial e cuja responsabilidade estava atrelada tão somente ao domínio das normas gerais, deixando de lado a figura das normas individuais⁸¹³ que regeneram e dão novas possibilidades ao direito⁸¹⁴. A ideia original da separação de poderes assume assim um significado diferente: será entendida como uma divisão de poderes menos rígidos regulados por uma atitude de cooperação e auto-limitação (autocontrole) dos poderes acertados como políticos.

No mesmo sentido, se é legítimo que o juiz em um Estado democrático supere os rigores da lei, é contra a ética da rede (e relações de poder aparência pragmática que têm vindo a desenvolver) dar-lhe poderes ilimitados para fazer justiça à lei – entre outras coisas, isso criaria um novo tipo de pirâmide, no topo do qual seria o juiz auto-vestido de dupla função, uma que lhe é a compreensão hermenêutica pela função jurisdicional a que exerce seus atos de poder, e outro que é a administração da justiça, a qual lhe partilha os poderes em uma colaboração reativa, estabelecendo a governança processual das partes pela *potestas*, repovoa-se o poder

⁸¹³El juez escoge determinadas circunstancias, dándole valor a unas y negándose a otras, las imputa entre sí a posteriori, y la consecuencia jurídica que de ese modo establece tiene pleno valor jurídico. Quiere decir esto que la actividad del juez es aquí muy similar a la del legislador. También el legislador está frente a circunstancias de su momento cuando dicta una ley: escoge unas, deja de lado otras, le imputa ciertas consecuencias a las primeras, y procediendo de ese modo llega a enunciar su ley. De manera que hay una labor de escoger determinadas circunstancias y de imputarlas mutuamente entre sí; todo esto es, en términos filosóficos, a posteriori, es decir, que las circunstancias ya existen y la normación o la unión entre ellas y sus consecuencias se hace después de que existen por el órgano correspondiente. En una palabra, la imputación como hecho es posterior a los hechos imputados. También el juez obra en aquello que consideramos, a posteriori; sólo que, a diferencia del legislador, el juez actúa sobre casos singulares. Sin duda que, en el ejemplo de nuestro esquema, estas circunstancias que ha imputado el legislador en los códigos y leyes están dadas a priori para el juez porque ya han sido imputadas; pero no se trata de esto, sino de la actividad similar del juez respecto de aquellas otras circunstancias no mencionadas en la ley, a las que el juez va a imputar, buscando efectos jurídicos, a posteriori de ellas (COSSIO, Carlos. **El Derecho en el Derecho Judicial**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1945. P. 89-90)

⁸¹⁴Detto questo, è ovvio che la nuova deontologia del magistrato comporta un aggiornamento continuo delle sue conoscenze giuridiche. Non c'è dubbio che la competenza rappresenta da sempre un requisito fondamentale della funzione giurisdizionale. Ma dobbiamo riconoscere che se, in passato, il giurista poteva far valere nel corso della sua carriera le conoscenze acquisite all'università, questo non è più possibile ai giorni d'oggi. Le continue modifiche legislative, la proliferazione delle decisioni giudiziarie, l'intreccio dei sistemi giuridici, sono tra i tanti fenomeni attuali che richiedono il costante aggiornamento del proprio sapere giuridico. In un contesto dove il diritto si produce in rete gli operatori devono rimanere «connessi» in ogni momento e essere in grado di integrare quasi istantaneamente un numero considerevole di informazioni provenienti dalle fonti più disparate. Inoltre, questo aggiornamento della conoscenza non è limitato ad un solo settore giuridico: due giudici della Corte di cassazione hanno scritto che «il magistrato deve anche tenersi al corrente di importanti sviluppi sociali e socio-economici. Finché terrà conto del mondo circostante e delle questioni che riguardano il cittadino, egli sfuggirà al pericolo di una disumanizzazione»³⁹40. Eppure quest'obbligo di formazione permanente ha un senso solo se i giudici sono disposti a evolvere, ad accettare le critiche della dottrina e, talvolta, quello dell'opinione pubblica, e si dimostrano aperti a rimettere in discussione, se necessario, le loro opzioni e metodi. Una cultura dell'informazione e del confronto, molto lontana dalla tradizione del dogma giuridico, dovrebbe condurci a rivalutare periodicamente le soluzioni acquisite. (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P. 714-715)

manifestado pela *potestas*, sendo que, desvincula-se da *potestas* autorizada pela lei como representação democrática do Estado-Legislador, e assim nascendo uma nova *potestas* adquirida pelos cidadãos ativos com a democracia participativa que tem como suporte o Estado-Juiz formando um *ethos* dialético-dialogal, afirmando-se que hoje a democracia deve aspirar a um sistema de confiança por parte dos cidadãos por meio de seus órgãos e pelo respeito recíproco entre ambos os Poderes.⁸¹⁵

⁸¹⁵Utilizzando una metafora sportiva, ci sembra che nel modello della piramide tradizionale il comportamento del giudice (l'*ethos* condiviso dai magistrati) fosse quello di partecipare ad una staffetta: quando è il suo turno ciascun atleta dovrà proseguire la sua strada in linea retta - è il caso della staffetta in una catena ininterrotta (simile alla celebre metafora del prof. Dworkin sui giudici «romanzieri a catena»). Tuttavia, nell'ambito di una rete, occorre uno spirito di squadra che richiede ai giocatori di condividere - come nel caso del gioco del calcio, dove la riuscita della partita dipende dalla capacità del calciatore di assumere le proprie responsabilità sfruttando «aperture» di gioco, pur preservando un'attitudine di squadra e non personale. In questa nuova configurazione, dove occorre essere pronti ad intervenire in maniera repentina e creativa in ogni momento, è essenziale conoscere il perimetro d'azione degli altri giocatori. Quando i vincoli meccanici dei sistemi gerarchici si allentano, i giocatori possono scegliere di adottare comportamenti strategici e individualistici, creando un'atmosfera di sfiducia competitiva, o al contrario avere un atteggiamento responsabilmente etico di autolimitazione al fine di creare un clima di collaborazione e fiducia. 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 autolimitazione (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. Principi di leale collaborazione (sul modello della «lealtà federale», per esempio) si basano su questo requisito, così come i meccanismi ispirati dalla regola di sussidiarietà (l'intervento è ammesso solo in casi eccezionali quando vi è una mancanza di regolamentazione e quando tale intervento sia più efficiente) o ancora la dottrina del «margine di apprezzamento» elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per valutare la legittimità della discrezione degli Stati nel limitare le libertà sancite dalla Convenzione. Il principio di proporzionalità, grande regolatore della vita normativa della rete, si ispira anch'esso a questa etica della «misura». Paul Martens invita tutti a «ponderare le proprie azioni» poiché ciò permetterà di «scoraggiare il cittadino dall'abusare dei suoi diritti, l'amministrazione dall'abusare dei propri poteri, il legislatore dal ledere le libertà, il giudice dall'esasperare il proprio potere di controllo, il politico dall'esacerbare i suoi rancori, il professore dall'esagerare le sue critiche, il giornalista dall'infuocare gli animi»⁴⁴. In questo contesto, non è inopportuno, come suggerisce Paul Martens, egli stesso membro della Corte Costituzionale belga⁴⁵, fare appello alla modestia o all'umiltà del giudice proprio perché il potere attribuito ai giudici costituzionali è diventato «immodesto» (essi hanno forse la «reggenza» del potere normativo a causa delle deleghe sempre più frequenti da parte legislatore?). Ecco perché disapproviamo la proposta del Consigliere di Stato belga, Michel Leroy, di inserire un nuovo articolo nella Costituzione che recita come segue: «Le corti e i tribunali applicano le disposizioni legislative e regolamentari fino a quando queste non avranno conseguenze irragionevoli o effetti contrari alla volontà di una forte maggioranza delle parti interessate». Se è legittimo che il giudice «moderi» i rigori della legge mettendola alla prova della ragionevolezza, è tuttavia contrario all'etica della rete (e all'aspetto pragmatico rapporti di potere che vi si sviluppano) affidargli un potere illimitato per fare giustizia alla legge - tra l'altro questo creerebbe un nuovo tipo di piramide, alla cui sommità troneggerebbe il giudice stesso auto-investito della suprema *potestas*. Numerosi sono i casi che illustrano il principio dell'autolimitazione: essi corrispondono all'insieme delle comunicazioni che si stabiliscono tra i diversi nodi della rete. Quando, per esempio, le giurisdizioni, considerate supreme a seconda dei livelli, come la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, si rifiutano di formulare una questione pregiudiziale di costituzionalità davanti alla Corte Costituzionale sostenendo come motivazione che la risposta a tale questione è già nota, pur sapendo che tali giurisdizioni superiori tendono a discostarsi dall'interpretazione del giudice costituzionale, in queste circostanze si è in presenza di una «guerra dei giudici» che non lascia adito ai principi di gerarchia o anche di indipendenza tra le giurisdizioni. Dal momento che la complessa struttura di uno stato regolatore federale ha conferito una funzione legislativa alla Corte Costituzionale, è ovviamente inammissibile che la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato agiscano da «cavalieri solitari», a scapito di una coerenza d'insieme; questo perché le esigenze di progresso giuridico e di una elaborazione collettiva della norma giustificano una revisione della legge attraverso la procedura della questione pregiudiziale davanti alla Corte Costituzionale tale da poter modificare una giurisprudenza che si rivela inadatta. Non esiste invece

Para que ocorra uma infusão da função jurisdicional que tem como *ethos* novas expressões do existencial ao Judiciário, deve em uma compreensão hermenêutica acertada pela governança das partes em colaboração reativa conjunturalmente exposta pela administração da justiça, abrir as portas do Judiciário com um amplo e adequado acesso gratuito à justiça, e assim configurando ascensão da democracia participativa no Processo como um governo de acesso popular, proporcionando ao cidadão ativo a proteção dos direitos subjetivos como lei e dos direitos subjetivos como situação jurídica processual.

Ao fim da dinamicidade processual, deve ser manifestada decisão que perpasse os limites do enquadramento legal, tendo como base um *ius facere* dotado de força pelo brocardo do *iura novit curia*, legitimando-se via democracia processual. A legitimação democrática processual é muito bem acertada pela *auctoritas* dos fenômenos conflituais de interesses operados pela compreensão hermenêutica⁸¹⁶.

ragione alcuna, per queste giurisdizioni superiori, di rifiutare il dialogo e di rinchiudersi in un atteggiamento di «resistenza», continuando ad applicare l'interpretazione di una norma che la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima nelle sue sentenze precedenti. Molte altre questioni meritano di essere affrontate dal punto di vista di un'etica di collaborazione necessaria tra gli operatori della rete. Per esempio, dovrebbe essere affrontata in quest'ottica la questione del consumo eccessivo del sistema giudiziario che è causa di ritardi nella giustizia. Se le parti non fossero alla ricerca, a volte oltre ogni limite ragionevole, di far valere i propri diritti prima di far valere il diritto, se gli avvocati non abusassero, almeno in alcuni casi, degli espedienti processuali che la legge mette a disposizione delle parti, se i legislatori non fossero tentati dall'approvare norme criptiche investendo così i giudici del ruolo di arbitri, se i giudici tentassero più sistematicamente di risolvere i conflitti con la mediazione... se tutte queste condizioni venissero soddisfatte, la giustizia avrebbe certamente la possibilità di affrontare meglio e più tempestivamente le pratiche che le sono sottoposte. Quest'ultima osservazione ci conduce ad osservare che la pragmaticità del principio dell'auto-limitazione non riguarda solo l'etica individuale ma vale anche per i poteri intesi nella loro dimensione globale, macro-sociologica. Si potrebbe in tal senso pensare che l'aumento macroscopico del contenzioso potrebbe essere accompagnato da uno squilibrio nella ripartizione dei poteri; questo perché l'eccessivo affidamento fatto alla magistratura, con il conseguente aumento delle aspettative, non è correlato ad un aumento proporzionato delle risorse che gli sono attribuite o della fiducia a lui impartita. Una tale situazione, a nostro avviso, mette il sistema giudiziario in una posizione di potenza paradossalmente fragile. Come giustamente osserva Marc Verdussen: «un valido sistema di collaborazione tra i poteri richiede che le funzioni attribuite a tali organi non siano sproporzionate rispetto al livello di fiducia riposto in tale organo e ai mezzi che gli sono attribuiti. (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P. 717-721)

⁸¹⁶D'ORS, Alvaro. **Uma Introciccion al Estudio del Derecho**. Madrid: Ediciones Rialp, 1979. P. 117.

Conclui-se que a função jurisdicional revestida da *auctoritas* acaba tendo legitimidade democrática processual, muito distinto da legalidade e da legalidade constitucional ao qual era investido o Poder.^{817,818,819}

El poder de los oráculos es conocido únicamente cuando son consultados; y el Derecho es por tanto requerido para hablar con autoridad en el contexto de las controversias. Lo que el Derecho puede concebir en nuestras posiciones depende de las controversias. En este sentido, las controversias crean el Derecho. El Derecho en sí mismo es origen de controversias futuras, ya que crea nuevas pretensiones o nuevas bases sobre las que soporta antiguas fundamentales.^{820, 821}

⁸¹⁷Après avoir établi que la fonction juridictionnelle ne consiste pas seulement à appliquer et à interpréter les lois, mais qu'elle comprend aussi un large pouvoir de dire du droit nouveau, il convient maintenant d'indiquer les limites de cette puissance créatrice des autorités judiciaires. (MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de L'État**. Tome I. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1920. P. 741)

⁸¹⁸La autoridad - en sentido jurídico- es el derecho o la facultad de gobernar. El término latino potestas designa este derecho o facultad. En sentido antropológico y moral, la autoridad es el modo de ser de una persona que suscita natural acatamiento. Es lo que entendían los romanos por la palabra auctoritas. El poder es la efectiva capacidad de mandar en el mundo de la praxis. Tratase de un hecho. Pero este hecho no carece de implicaciones y complicaciones jurídicas. Se puede tener poder sin tener autoridad y se puede tener autoridad sin tener poder. Cabe una tercera posibilidad: tener autoridad y tener poder. Es el ideal de todo gobernante. A mayor autoridad menor uso del poder; a mayor uso del poder menor autoridad. He aquí una ley que podríamos formular para la politología. Si la autoridad existe en el marco jurídico, no cabe hablar, en rigor, de autoridad legítima, puesto que siempre se trata de un derecho o facultad de gobernar. Una "autoridad ilegítima" no es, en puridad, una autoridad sino una pseudoautoridad, un cacique sin credenciales, un asaltante del poder. Ahí donde hay sociedad ahí hay autoridad. Ibi societas ibi auctoritas, podríamos decir parafraseando a Cicerón. Más aún, ahí donde hay sociedad, hay – debe haber también – una efectiva capacidad de mandar, esto es, un poder. ¿Cuáles son los títulos de legitimidad de un poder? ¿Cuándo puede afirmarse que el poder se convierte en autoridad? He aquí formuladas dos importantes interrogantes que ponen de manifiesto la esencial relación entre ethos y eratos. Se ha dicho -y con razón- "que si la autoridad sin poder es anarquía, el poder sin autoridad es despotismo". Pero vayamos al fundamento de la legitimidad del poder. El poder es legítimo, desde el punto de vista de la causa eficiente, cuando el gobernante ha sido electo por el pueblo o cuando cuenta con el consentimiento tácito popular. El poder es legítimo, desde el punto de vista de la causa final, cuando se ejerce para el bien común. Estamos ante un fenómeno moral de permanencia, de reconocimiento popular. No basta la legitimidad de origen. (VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado**: fundamentos de filosofía política. México: Trilla, 2002. P. 91-92)

⁸¹⁹D'après la notion qu'en donnent de nombreux auteurs, cet objet serait de trancher les litiges qui s'élèvent, soit entre deux personnes à l'occasion de leurs rapports d'ordre privé, soit entre un administré et l'autorité administrative au sujet des actes faits par celle-ci. Ainsi, l'exercice de la juridiction supposerait nécessairement un différend, une contestation, entre parties qui soutiennent des prétentions adverses; ou du moins, il suffirait qu'une telle contestation s'élève, pour qu'il y ait lieu à une intervention juridictionnelle. [...] En somme, l'idée générale qui se dégage de ces diverses définitions, c'est que la fonction juridictionnelle serait appelée à s'exercer toutes les fois qu'il s'élève une contestation pour l'apaisement de laquelle il faut procéder, soit à une application, soit à une interprétation de la loi. Il est à remarquer, en effet, que le désaccord d'où naissent les espèces litigieuses, peut porter, soit sur un point de droit, soit sur un point de fait. Il y a litige sur un point de droit, lorsque le désaccord s'élève touchant le sens même d'une disposition de loi dont la portée est mise en doute par l'une des parties rivales : la solution de ce litige nécessite alors une interprétation de la législation en vigueur. Mais il se peut aussi que le débat porte simplement sur l'existence des faits qui conditionnent l'application de la loi; et dans ce dernier cas, ce n'est plus le sens de la loi qui est mis en question, mais il y a litige sur le point de savoir si la loi est applicable en fait : ce n'est plus là qu'une question d'application de la loi. Au surplus, pour que le titulaire d'un droit puisse mettre en mouvement l'activité juridictionnelle de l'Etat, il n'est pas indispensable que son droit ait déjà subi une violation effective : il suffit que ce droit lui soit contesté; à vrai dire, lorsqu'un droit possède une existence régulière, c'est déjà le violer que de nier sa réalité. (MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de L'État**. Tome I. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1920. P. 695-696)

⁸²⁰CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 64 e segs.

⁸²¹Vide también: D'ORS, Alvaro. **Uma Introciccion al Estudio del Derecho**. Madrid: Ediciones Rialp, 1979. P. 51 e seguintes.

A função jurisdicional de nossa época encontra-se sujeita a uma profunda revisão, em virtude de sua crescente complexidade, dado que a jurisdição se transformou de uma simples técnica procedimental de resolução de conflitos⁸²² para um dos serviços públicos essenciais do Estado contemporâneo. Além de resolver os casos-problemas – fenômenos -, efetua políticas públicas e realiza uma ampla tutela de direitos e garantias, respondendo tanto por direito subjetivos como lei, resignificando o formalístico direito pela interpretação jurisdicional e, de outro modo, também assegura as tutelas de direito subjetivo constituídas por situações jurídicas subjetivas, essas têm caráter mais abstrato e substancial, aderindo aos mais diversos interesses.⁸²³

A jurisdição⁸²⁴ já não pode mais ser considerada secundária com relação ao direito substancial, pois se converte ela mesmo criadora de direito objetivo processual com as

⁸²²Los procedimientos concebidos como un litigio entre dos partes adversas ante un juez neutral, generan presiones estructurales favorables a la parte que gana la disputa en el tribunal. El juez de conflictos, por tanto, queda en una posición similar a la del moderador de una sociedad de debates, quien, indiferente al tema que se discute, se concentra desapasionadamente en la exhibición de habilidades forenses. Los juicios tienden a ser justificados procesalmente, esto es, por la victoria en el litigio forense. En este contexto adquiere gran importancia observar las reglas que regulen la argumentación. El derecho procesal, tanto el prefabricado por el Estado como el creado ad hoc por los litigantes, adquiere su propia integridad e independencia frente al derecho sustantivo. Pero sin importar cuán fuerte sea la presión ejercida por el diseño del litigio, el juez no tiene más ataduras fuertes que las creadas por la tensión sobre la legitimación procesal del veredicto. La administración de justicia no puede estar completamente separada de las nociones sustantivas de rectitud y error, o completamente asociada con un juego, o las actividades de una sociedad de debate. Por lo tanto, surgen serios problemas en cuanto aparece ante el juez que el resultado que refleja la visión que prevalecía en el litigio no coincide con un resultado apropiado por sus méritos; el juez más experto no necesariamente representa la posición más coherente con la mejor lectura del derecho sustantivo. El juez confronta ahora voces discordantes tanto procesales como sustantivas: no puede honrar a Artemisa sin menospreciar a Afrodita. Aunque, sea renuente a desatender lo que' para él aparece recto de acuerdo Con los méritos, no puede abandonar la perspectiva procesal: si el veredicto va contra el aparente ganador del litigio, el proceso estructurado como competición no ha servido a sus propios principios. No sólo queda afectado negativamente el carácter de los incentivos de la competición; más ominoso aún, se ensombrece la imparcialidad del juez: parecería que hubiese tomado partido por el perdedor. Los procesos de resolución de conflictos se caracterizan por tanto, por la variedad de mecanismos procesales diseñados tanto para prevenir que surjan tales dilemas o, si es necesario, para resolverlos sin socavar la integridad de los procesos organizados en tomo al motivo de litigio. Un ejemplo del primer tipo de mecanismos es el requisito estricto de que toda la información de la disputa debe ser presentada ante el juez en presencia de los litigantes, y este será el tema inmediato de los alegatos, antes de que se cubra de polvo. Cuando no hay fuentes de información independientes de la parte en litigio, se minimizan las oportunidades de que dispone el juez para llegar a una visión distinta de la sostenida por el ganador del alegato. (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago del Chile: Editorial Jurídica del Chile, 2006. P. 176-177)

⁸²³La función jurisdiccional de nuestra época se encuentra sujeta a una profunda revisión, en virtud de su creciente complejidad, ya que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos, se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo, en el cual se han introducido un conjunto de factores sociales, económicos y culturales que deben combinarse en una función que también tiene un sentido político, en el sentido de su participación en la toma de decisiones esenciales de los órganos del poder, actividad que generalmente estaba excluida para los tribunales. (FIX-ZAMUDIO, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. **Ius et Veritas**, n.º 8, 1994, Pp.89-108)

⁸²⁴A jurisdição, como atividade específica de um dos ramos de poder do Estado, é essencialmente idêntica no modo pelo qual se desenvolve, qualquer que seja a espécie de órgão em que ela internamente se desdobre e a natureza do conflito a ser dirimido, não perdendo, assim, não obstante as múltiplas subdivisões que lhe são impostas, seu

transformações e mutações interpretativas manifestadas pela dinâmica processual, dado que somente ao final do processo se poderá estabelecer se aquele cidadão ativo é verdadeiramente titular de um direito, superando a visão de ser simplesmente uma função declarativa do direito material precedente – *ius dicere* – ^{825,826} reflexo da concepção moderna do direito como relação jurídica – subjetivação do direito – que alterou os conceitos do que classicamente se tinha como fenômeno jurídico. Em seu sentido original, o direito não se confundia com a lei, ou, muito menos, tal como na concepção moderna, com o poder político representado ou pelo Estado-Legislator ou pelo Estado-Juiz.

O direito subjetivo posiciona-se em uma dinâmica processual que impulsiona a gênese do direito com o direito objetivo processual a ser desvelado junto ao fenômeno conflitológico de interesses pela compreensão hermenêutica que se afigurou com o conflito. O poder antes polarizado hierarquicamente desvanece ao poder em horizontalidade posto pela colaboração reativa das partes e é incidente de uma função jurisdicional enquadrada pela administração da justiça, despolariza-se o poder de cima e é manifestado o poder político pelos cidadãos ativos

caráter *unitário*, no sentido de que as distinções que se verificam entre jurisdição civil e criminal ou ainda entre jurisdições especiais e jurisdição comum não se fundam em diversidade funcional, mas simplesmente em critérios de conveniência baseada na diversidade do objeto sobre o qual a mesma atividade jurisdicional deve operar. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: 2002, Forense. P. 36-37)

⁸²⁵De estas dos concepciones, la primera, que respondía a un concepto privatista del derecho procesal, es difícilmente aceptable en la actualidad; atendía a un momento histórico que hoy está superado. Las teorías subjetivas no dan una explicación de la función jurisdiccional con relación a todos los ámbitos sobre los que se ejerce la potestad jurisdiccional, con lo que su admisión nos obligaría a un doble esfuerzo y, sobre todo, a algo que parece contrario a la naturaleza de la jurisdicción: a atribuir a ésta por lo menos una doble función, subjetiva para el aspecto privado y objetiva para el resto del ámbito del ejercicio. La concepción objetiva cubre todas las llamadas manifestaciones de la jurisdicción. Ni siquiera cabe alegar contra ella, que es inadmisibles tratándose de intereses privados, en los que la función jurisdiccional no podría ser actuación del derecho objetivo, sino tutela de los derechos subjetivos. Basta para ello tener en cuenta que en estos casos lo que sucede es que la actuación de la ley depende de la voluntad del particular. El principio de oportunidad lleva a que el derecho privado resulte violado y sea precisa su actuación sólo cuando, y en la medida en que, el particular lo decida; en esa medida actuará el juez, pero lo hará aplicando el derecho objetivo. El que la aplicación de éste dependa de la voluntad de un particular, no impide que en cualquier caso la función jurisdiccional se resuelva en la actuación del derecho objetivo. (AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. P.45)

⁸²⁶Attualmente i dibattiti più attuali nella teoria del diritto e nella teoria delle norme ormai ci chiariscono che l'attività giurisdizionale non è solo dichiarativa di un senso previo che la norma già possieda. La giurisdizione è anche in una certa misura creativa, costruendo o ricostruendo il senso della norma nello stesso procedimento della sua interpretazione ed applicazione. D'altra parte, la rivalutazione della giurisprudenza come fonte di diritto, come si evince dalla vincolabilità che i precedenti giurisprudenziali hanno acquisito, mostra anche un altro sviluppo di questa stessa tendenza. Sconfitto il preconetto, dovremmo vedere concetti di giurisdizione sempre più lontani da una supposta natura dichiaratoria che non si verifica, ridimensionando anche il ruolo della tutela dichiaratoria, volta non alla rivelazione di diritti, ma intesa come una maniera per rimuovere uno stato di incertezza. E, di fatto, alcuni avanzamenti di questa riflessione già si possono percepire nella dottrina processuale. Si comincia a riconoscere che la funzione dichiarativa di diritti non saurisce le molteplici funzioni giurisdizionali. Il giudice è costantemente chiamato a riparare la trasgressione a quanto prescritto in una norma giuridica (applicando le ulteriori misure di riparazione o di sanzione previste dall'ordinamento) o a realizzare praticamente e concretamente una situazione di vantaggio. (CABRAL, Antonio do Passo. Per um Novo Contetto di Giurisdizione. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.18, n.º 35, 2015. P.33)

de uma democracia plural e aberta. Depreende-se da norma geral e abstrata para caminhar a desvelante norma individual acertando-se em um *ius facere* pela legitimidade democrática processual concretizando-se pelo direito objetivo processual garantido pela fundamentação da decisão^{827, 828}.

Ressalte-se, que a legislação é uma produção da normativa geral do direito – produto de um processo democrático representativo -, a jurisdição, por outro lado, produz a normativa individual⁸²⁹ - produto de um procedimento democrático participativo -; ou seja, a jurisdição ministra o direito para cada caso particular, em uma função jurisdicional produtora do *ius facere* que na atualidade não abre espaços a uma aplicação arbitrária do direito (arbitrariedade negativa, que apregoa-se as subjetividades do julgador como aquela reclamada pelo Legislador). A dinâmica processual estabelece uma dialética e um diálogo profícuo em uma governança das partes em uma colaboração reativa, apresentando um desvelamento do fenômeno apresentado e assim demarcando uma nova gênese ao direito pelo Processo – o direito acertado pela função jurisdicional na compreensão hermenêutica revela o direito como adaptação existencial.⁸³⁰

⁸²⁷SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.135-140.

⁸²⁸No fundo, a diferença entre elas é verdadeiramente funcional. A legislação é uma produção do direito subjetivo como *fattispecie* normativa, isto é, uma produção de normas jurídicas; poderíamos dizer, uma produção do preceito em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição, pelo contrário, produz preceitos, ministra direito para cada caso singular; ousarei dizer, não trabalha para armazenar, mas por encomenda, sob medida. Esta diferença, baseada no critério da *lex generalis* (norma geral) e da *lex specialis* (norma individual), é bastante conhecida e exprime-se, quanto à jurisdição, na chamada limitação dos efeitos do caso julgado, que é o nome por que designa o produto da atividade jurisdicional. Desta diferença de função deriva uma diferença de estrutura no processo formativo do direito, conforme se trate de legislação ou de jurisdição. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P. 136-137)

⁸²⁹Vide: BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953; KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; D'ORS, Alvaro. **Uma Introdução al Estudio del Derecho**. Madrid: Ediciones Rialp, 1979.

⁸³⁰A hermenêutica filosófica não é um método e a distância que vai do acontecimento de uma dimensão hermenêutica na fenomenologia do pensamento jurídico jurisprudencial à definição problemático-metodológica do seu método específico é pelo menos análoga à distância que separa em geral a gnoseologia da metodologia – pelo que aquelas aspectos tanto filosóficos como fenomenologicamente hermenêuticos não implicam, só por si, um problema a um método tão-só hermenêuticos na metodologia da interpretação jurídica, antes deixam em aberto a problemática específica desta interpretação. Assim, tendo deixado de ser a hermenêutica tão-só a tradicional ars de interpretação de textos (ars interpretando, ar bene intelligendi) – cânone de regras que tinham por objeto operar com textos -, para se assumir numa referência ontológica à própria existência humana, já que o compreender se revelou na analítica dessa existência, como um modo fundamental do ser, do Dasein enquanto ser finito e histórico no mundo, analogamente se poderá afirmar que o ser-no-direito pertence ao ser do homem (como ser comunitário em coexistência de mútuo reconhecimento) e que nesses termos sempre uma compreensão e, portanto, uma hermenêutica será base constitutiva do direito – mesmo como sua condição ontológica, enquanto é o direito a compreensiva objetivação das validades ou dos sentidos axiológico-normativos implicador por essa coexistência comunitária e assim a hermenêutica positivação de consciência jurídica, ou do princípio normativo (o princípio fundamental e regulativamente constitutivo da juridicidade). Decerto que esta perspectivação do direito será recusada por um seu entendimento tão-só tecnicamente funcional, ou reduzido que seja o jurídico a uma social engineering, como propende a postular-se na legalidade administrativo-regulamentar dos Estados do nosso tempo; mas reconheça-se embora a sua legitimidade – também, e não menos fortemente, implícita na transcensão da lei

Nesse norte, a interpretação, ainda mais no que se volta aquela que se desapega da mera aplicação do direito como lei, deve observar uma interpretação voltada à compreensão hermenêutica. Não vincula-se a interpretação a uma norma, mas fazendo com que se alcance pelo texto o contexto fenomênico factível (o ao comportamento volitivo humano existencial); é em virtude da interpretação do texto com a correlação entre contexto em virtude do fenômeno conflitual.

Ocorre a superação de um Poder Judiciário meramente efetual como declarativo, sendo este quando da efetividade do plano da decisão judicial, acaba atingindo a executividade; não no plano da divisão do processo, mas no plano da decisão judicial, a qual não mais apenas declara direitos, mas vem, além disso, exortar em uma plena execução do requerido junto ao objeto do processo formulador de um objeto do debate processual, o qual passa a dar ao fenômeno conflitológico de interesses um sem número de possibilidade para com a ampliação e o desvelamento de horizontes que vão dotar-se de validade ao sistema jurídico por um lapso temporal figurativo e emergente.

O Estado-Juiz, diferente do que é tradicionalmente atribuído, possui poder decisório e executório – *ius facere*⁸³¹ – indo além de uma função fisiológica de participação como mero aplicador da lei, fruto de um sistema que se conserva a premissa de que a função jurisdicional seja uma atividade meramente declaratória, resumida na proposição com que Chiovenda a compreendia, ao dizer que a missão dos juizes limitava-se a revelar a “vontade da lei”, proclamando, conseqüentemente, sua “univocidade” de sentido, essa concepção tradicional até hoje apregoada no imaginário social faz com que seja possível vislumbrar a distância que separa a composição da dogmática em um sentido artificioso e inorgânico da dimensão hermenêutica que as modernas correntes da filosofia do direito voltaram a reconhecer como fator imanente ao raciocínio jurídico enquanto ciência da compreensão, e não ciência da descoberta e da univocidade de sentidos, onde não é o juiz quem julga, mas o Código, pois caberá ao juiz apenas

pelo direito no quadro actual do Estado de Direito Material – e nem por isso se poderá deduzir daí uma jurídica metodologia interpretativa. (NEVES, Castanheira A.. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. P. 49-50)

⁸³¹[...]o conceito de jurisdição que nos foi legado pelo direito romano tardio pressupunha a distinção clara e radical entre a função declaratória do direito, enquanto *ius dicere*, e o *facere* com que o magistrado haveria de socorrer o litigante, impondo uma *ordem*, a ser cumprida pelo demandado, quer dizer, se o direito não fosse “suficiente para realizar-se através de uma atividade própria e exclusiva do titular. Se, todavia, o direito se mostrasse “plenum et sufficiens”, então bastava declará-lo exercendo, neste caso, o magistrado atividade jurisdicional, enquanto *ius dicere*, condiando em que o demandado, ante a exortação (*rectius*, condenação), cumprisse a sentença. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 32)

revelar a vontade já lei que já foi concretizada anteriormente pelo legislador (muito relevante essa teorização da vontade da lei no Direito Alemão).^{832,833}

Conforme visto, a atividade jurisdicional e processual limitada tão somente à ação e as cargas eficaciais são responsáveis por perpetuar o direito na forma que está, reduzindo ao *ius dicere*. Por isso que quando se pensa em uma reestruturação do direito, pensa-se no processo, pois é nele que o direito *nasce*, é nele que o direito é criado, e não simplesmente declarado. A supremacia do processo sobre o direito material, ou seja, a supremacia da forma sobre a substancia, ideia fundamental para sustentar a autonomia do direito processual e seu (lamentável) afastamento do direito material marca a fuga do processo civil para o mundo jurídico (das normas). A redução há apenas três ações e decisão judicial, independente do direito litigioso instrumentalizado, afasta-se da correlação da classificação das ações e decisão judicial com a eficácia do direito material de cada uma delas.⁸³⁴

Os juízes se acercam do aparelho governamental, reconfigurado pela legitimidade democrática processual, não mais concentrando poderes, mas parecem ser a expressão da comunidade organizada, de modo que representa um poder que, embora externo ao aparelho, continua sendo um poder do Estado. A qualificação como poder não só sublinha a indispensabilidade da função judicial, como também levanta o problema da convivência com outros poderes do Estado. O judiciário, em particular, parece ser um poder neutro ou imparcial, mas, como vimos, não é passivo. Esta segunda orientação leva, portanto, a atribuir ao juiz uma diferença de resistência em relação aos governantes e reconhece o judiciário como uma barreira ao uso impróprio do poder, isto é, os limites institucionais do poder.⁸³⁵

⁸³²SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 147-148.

⁸³³Ver: SAVIGNY, F. de. **De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y Ciencia del Derecho**. Primera Serie. Volumen III. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1947.

⁸³⁴Esta ilusão levaria a supor que uma ação de anulação de contrato, por exemplo, somente seria constitutiva porque as leis de processo assim o determinam. Se o legislador processual resolvesse torna-la, por exemplo, declaratória ou, pior ainda, condenatória, a respectiva sentença de procedência deixaria de ser constitutiva e, ao que se supõe, continuaria a produzir anulação. É, ao contrário, mais do que evidente que a pretensão anular nasce no direito material, como decorrência do direito subjetivo material a obter anulação. Os direitos subjetivos e as pretensões de direito material são dados prévios que o direito processual recebe e tem de trata-los segundo a configuração e as eficácias que lhe são dadas pelo direito material. A demanda de anulação de contrato é constitutiva, como igualmente o são as demandas de divórcio e separação judicial. Ao direito processual, aos processualistas e ao juiz não cabe dispor sobre o conteúdo das demandas (ações de direito material) que lhes cabe tratar se o fizerem, estarão legislando no campo do direito material. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.178-179)

⁸³⁵I giudice, invece, si collocano all'esterno dell'apparato di governo ed appaiono espressione della comunità organizzata, organi, pertanto, dello *Stato-comunità* o, se preferisce, dello *Stato-ordinamento*. La magistratura, in definitiva, rappresenta un potere che, seppure esterno all'apparato, resta tuttavia pur sempre un potere dello Stato. La qualifica di potere non solo sottolinea l'indispensabilità della funzione giurisdizionale, ma pone anche il problema della coesistenza con altri poteri dello Stato e, quindi, la ricerca di condizioni di equilibrio. La stessa divisione e differenziazione dei poteri indubbiamente favorisce una loro combinazione e, quindi, un bilanciamento.

É necessário um reencontro entre Democracia e função jurisdicional, que conceda uma concepção atual da função judicial e da função processual, que adiram em seus sentidos a ideia de democracia ativa e cidadão ativo – reverso de massa inerte^{836,837} Nesse sentido a democratização da democracia, tem na participação sua base.⁸³⁸ Com a fusão de horizontes entre função jurisdicional que determina a *auctoritas* legitimada democraticamente diante da divisão dos Poderes junto ao Estado Ativo e Responsivo⁸³⁹ (qualifica o judiciário a tomar

Il potere giudiziario, in particolare, appare come un potere neutro o imparziale, ma, come si è visto, non passivo. Questo secondo orientamento porta, quindi, ad attribuire al giudice anche un dovere di resistenza nei confronti dei governanti e riconosce alla magistratura la funzione di barriera dell'uso improprio del potere, cioè di *limiti istituzionale del potere*. Limite ovviamente non arbitrario, perché la giurisdizione si risolve nell'oggettivo concretarsi dell'ordinamento nei confronti di tutti i suoi soggetti e, quindi, anche nei confronti di coloro che sono espressione del potere politico, nelle sue fondamentali articolazioni: governo e parlamento (PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **La Responsabilità del Giudice**. Milano: Giuffrè Editore, 1995. P. 224-229)

⁸³⁶Ma se al dittatore corrisponde la trasformazione del popolo in « massa » - con la parallela eliminazione della democrazia – bisogna anche dire che i trasformazione dei popolo in massa, nei cento modi in cui il fenomeno avviene, rappresenta una condizione indispensabile al formarsi dei regimi dittatoriali. (SFORZA, Widar Cesarini. **Crisi della libertà e crisi della legge**. in AA. VV., La crisi dei valori. Roma: Partenia, 1945, Pp.43-56. P.47)

⁸³⁷Las normas que forman parte del ordenamiento jurídico pueden ser impuestas por la fuerza, al igual que las sentencias dictadas por el Poder Judicial que tienen fuerza ejecutiva. Sin embargo, éste respaldo a través de la fuerza es insuficiente si no cuenta con la aceptación social. Sabido es que toda norma jurídica establece limitaciones a la libertad del ser humano entendida de modo absoluto. Estas limitaciones tienen la finalidad de asegurar la libertad de todos los individuos, limitando la de cada uno de ellos, a fin de que exista un medio de conducta distinto del uso de la fuerza. Pues bien, cualquier ser humano se sentirá mucho más inclinado a obedecer las normas si entiende por qué le son impuestas y si acepta el sentido de la imposición. Este requisito no es indispensable e indudablemente no puede cumplirse siempre, pero resulta racional y gratificante para el ser social. Con las sentencias emanadas del Poder Judicial sucede lo mismo. Su fuerza vinculante no procede de la aceptación social pero si la tiene, su efectividad será mucho mayor. Se debe tratar de alcanzar, como dice Aarnio, una solución tal que la mayoría de los miembros de la sociedad, racionalmente pensantes, puedan aceptar esa solución y esa justificación como la más adecuada. Por eso en un momento histórico en el cual el Poder Judicial y la administración de justicia están siendo duramente contestados, creo que es especialmente importante que las personas que detentan esta potestad cuiden el fondo y la forma. No en vano la forma siempre protege el fondo. El Poder Judicial tiene una responsabilidad mayor que la de aplicar estrictamente la ley aún en el caso hipotético de que ésta pudiera tener respuesta para todos los problemas sociales. El Poder Judicial es custodio de la Justicia y debe acercarla a los administrados. Debe hacer que confíen en ella y en la aplicación que de la misma van a hacer sus más directos custodios (PARGA, Milagros Otero. **La Responsabilidad Social de la Función Juzgadora**. Acessado em 26/11/2017. Disponível em: <<https://www.tribunalqro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=6&cronicaJudicial=1>>. P.31)

⁸³⁸In sostanza la democrazia partecipativa svolge una funzione di apertura delle procedure decisionali pubbliche e un allargamento della base dell'azione di governo: una sorta di «governo largo» dice qualcuno, applicando intenzionalmente un'espressione nata nella storia della Repubblica fiorentina. In quest'allargamento una delle caratteristiche venute in evidenza più di recente e teorizzata anche nelle versioni ultime dei fenomeni a valle della teoria comunicativa, quella del *dialogo* tra le diverse culture che ormai vengono a mescolanza anche su territori che una volta ne erano immuni, trova, come vedremo subito sotto l'aspetto soggettivo, uno dei suoi versanti comportanti maggiore sfida agli assetti tradizionali. (ALEGRETTE, Umberto. **Democrazie Partecipative: un contributo alla Democratizzazione della Democrazia**. Disponível em: <<http://www.fupress.com/archivio/pdf/3951.pdf>>. Acessado em: 31/11/2017. 16-17)

⁸³⁹Na verdade, propriamente nessa matéria de responsabilidade dos juizes vejo uma grave dissonância do sistema italiano em relação aquele modelo de *responsive law*, ou seja, o direito que se faz responsável pelos desejos e demandas sociais conforme elaboração recente, que se encontra num penetrante estudo de Nonet e Selznick, e que corresponde, de acordo com uma opinião por mim compartilhada, à atual tendência evolutiva do mundo ocidental. No plano da jurisprudência, penso que o modelo *responsive* seja aquele que se esforça à realização de um equilíbrio entre idenpendencia e responsabilidade de controle social e a responsabilidade – sanção dos juizes por obra do Executivo e, em heral, por obra do poder político, que, por outro lado, não foi ainda “represtinada” por uma responsabilidade controlada e sancioda em confronto com a sociedade e, em particular, pelas partes, sendo mantido

decisões fundamentadas e voltadas a responsabilidade social) com a administração jurisdicional, por uma *potestas* voltada a função processual.

Antes mesmo de se considerar sobre a decisão e o teor desta, deve ser apreendido o conteúdo da decisão, de modo que a justiça deve ser observada no decurso do processo. O processo cujos procedimentos e atos dão-se injustamente possuem baixa probabilidade de acarretar em uma decisão construída em um Processo Justo⁸⁴⁰.

O Processo Justo exerce a preocupação de que se concretize um julgamento justo, muito diferente este de um acerto com a justiça substancial tradicionalmente concebida como uma correção da regra da lei aplicável à solução substantiva do conflito. É a justiça do processo deliberativo, oportunizado pela dinâmica processual, assim constituindo o processo na busca desta solução e na sua efetuação como política pública, desapegando-se do fenômeno conflitual em seu sentido dual, adquirindo o fenômeno conflitual uma aderência policêntrica; note-se, que ocorre frente a dinamicidade processual a proteção das garantias de que a decisão judicial será imparcial e neutra, respondendo ao requisito de validade universal que, por si só, fazem o julgamento legitimando pela democracia processual.⁸⁴¹

Diferente da função jurisdicional, que reafirma que a função do juiz é a de julgar o caso sob a égide do *iurisdictio*, determinado pela *potestas*, tem a função jurisdicional o poder de *imperium* e *auctoritas* para essa função que exerce democraticamente, reconfigurando-se a função, se tornando o juiz um juiz responsivo, balizado pela fundamentação e pela motivação de seus *decisium*. Disto lhe resta também a *potestas*, pois exerce a administração da justiça para assim chegar ao desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses.⁸⁴²

um sistema de responsabilidade civil totalmente ineficaz e praticamente inexistente. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Volume I Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 25)

⁸⁴⁰Ver: MORELLO, Augusto Mario. **El Proceso Justo**. 2ª ed.. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.

⁸⁴¹La raison en est que les exigences du procès équitable ne sont qu'une manifestation de l'équité procédurale. Ce qui est à l'oeuvre, dans le droit au procès équitable, ce n'est pas l'équité substantielle, traditionnellement conçue comme correctif de la règle de droit applicable à la solution matérielle du litige ; c'est l'équité du processus délibératif que constitue le procès dans la recherche de cette solution ; c'est la garantie que la décision prononcée par le juge le sera bien dans des conditions d'impartialité du juge, donc de juste distance entre celui-ci et les parties, répondant à l'exigence de validité universelle qui seule rend le jugement légitime et acceptable au regard du contrat social. (CADIET, Loïc. **La Legalité Procédurale en Matière Civile**. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_cadiet.pdf>. Acessado em: 30/12/2017)

⁸⁴²Dans une conception classique du procès civil, la vérité recherchée est celle des parties, une vérité subjective et relative: «le procès (est) considéré avant tout comme la chose des parties, et le juge n'(a) pas mission de rechercher une vérité qui serait absolue». Mais surtout, dans la conception accusatoire, la charge et l'administration de la preuve ayant partie liée, le juge ne se voit reconnaître aucun pouvoir en la matière. La question de la preuve forme un tout, le titulaire de la charge est automatiquement le détenteur du pouvoir de l'administration, le juge n'intervient pas. La passivité du juge quant aux charges processuelles se traduit parfaitement dans la règle selon laquelle le juge ne peut pas introduire dans le débat des faits qu'il aurait acquis de sa connaissance personnelle. Laurent écrivait: «la jurisprudence est en ce sens. Les monuments sont rares, parce que le principe est si élémentaire et d'une vérité si évidente, qu'il arrive rarement que le juge se mette au-dessus de la loi en décidant une contestation d'après la connaissance personnelle qu'il a de l'affaire». L'ordonnance de 1667 avait reconnu au

juge la faculté de déclencher la procédure de l'interrogatoire sur faits et articles. Cette procédure, si elle ne pouvait être ordonnée d'office par le juge, offrait aux parties la faculté de faire interroger par le juge l'autre partie sur les faits et les articles qui concernaient les faits. L'ordonnance avait également mis en place la comparution personnelle qui, à la différence de l'interrogatoire, portait sur des faits qui n'étaient pas communiqués à l'avance à la partie qui devait comparaître. Or, comme le note un auteur, ce mécanisme n'a pas eu le succès escompté: «Pour les magistrats comme pour le législateur, l'office du juge doit se cantonner à écouter les parties, certes parfois à demander qu'un fait soit plus explicitement prouvé, mais non à s'immiscer à proprement parler dans les débats». Tissier notait ainsi la reconnaissance de prérogatives uniquement exceptionnelles en matière de mesures d'instruction. Aubry et Rau soulignaient également la nécessité de soumettre les faits constatés par une mesure d'instruction au principe du contradictoire et, de manière plus générale, tout fait sur lequel le juge entendait fonder sa décision⁸³⁵. Pour pouvoir faire l'objet d'une mesure d'instruction, le fait devait avoir été invoqué par une des parties. L'initiative de la mesure d'instruction appartenait donc aux parties, et ne permettait pas au juge de statuer en dehors des prétentions des parties. Un auteur, étudiant la genèse du Code de procédure civile de 1806 et constatant le rôle passif du juge, a mis en avant que la conception libérale et corrélativement individualiste qui a régné jusqu'à la moitié du XIX^{ème} siècle n'offrait au juge dans le déroulement du procès qu'un rôle de surveillant de l'instance: «les rédacteurs du Code tiennent à inscrire dans le marbre la fonction de juge policier». Le Code de 1806 lui permettait de prononcer d'office une enquête, une expertise. Le [nouveau] Code de procédure civile est allé plus loin et a considérablement accru les pouvoirs du juge en matière de preuve. En effet, si aucune charge ne lui est reconnue, il n'en reste pas moins qu'il participe à la manifestation de la vérité de manière sensible. Le juge s'est vu reconnaître la possibilité d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction prévues par la loi, il peut participer à l'établissement de la preuve mais ce n'est pas une obligation ; aucune charge ne lui a été reconnue mais ses prérogatives ont été largement amplifiées. Le juge agit et contrôle, il prend une part active dans le déroulement du procès. La preuve n'appartient plus aux parties mais procède également du juge qui doit avoir une entière connaissance des faits pour pouvoir trancher le litige. Comme l'a remarqué le Professeur Hébraud, le juge est devenu le maître de l'administration de la preuve. C'est ainsi que l'article 155 du Code de procédure civile dispose que « la mesure d'exécution est exécutée sous le contrôle du juge qui l'a ordonnée lorsqu'il n'y procède pas lui-même ». L'article 149 précise quant à lui que « le juge peut à tout moment accroître ou restreindre la mesure d'instruction ». Ce mouvement s'est corrélativement traduit par les développements des pouvoirs des techniciens dans l'administration de la preuve. Avec le décret n°73-1122 du 17 décembre 1976, le technicien est en effet apparu comme la personne à qui incombait effectivement l'administration de la preuve lorsque le juge n'était pas en mesure de procéder lui-même à la mesure d'instruction. La doctrine dans son ensemble s'accorde sur le fait que doivent être prouvés les faits concluants et contestés par la partie adverse. D'aucuns pourront objecter que la jurisprudence considère néanmoins que l'absence de contestation par les parties des faits allégués ne permet pas de caractériser ces derniers comme constants et qu'elle n'empêche en aucune mesure le juge de prononcer des mesures d'instruction. Cette possibilité constitue a priori une atteinte à l'idée selon laquelle les parties sont maîtresses des faits, mais elle ne permet pas au juge de découvrir de nouveaux faits et donc de modifier la matière litigieuse. La théorie du fait constant est indépendante du principe dispositif. Selon cette théorie, le fait allégué par une partie et non contesté par l'autre est tenu pour constant: le juge n'a pas à intervenir, il doit tenir ce fait pour établi ; peu importe qu'il soit vrai ou non, celui qui ne conteste pas doit en assumer les conséquences. C'est ainsi que la jurisprudence traditionnelle considérait qu'un fait qui n'avait pas été contesté devait être tenu pour établi, la partie qui l'allègue n'étant pas obligée de le prouver. La conception accusatoire du procès ne se souciait pas des exigences de loyauté de la procédure. Peu importe que le fait non contesté soit vrai, peu importe que la partie adverse n'ait pas été en mesure d'apporter la preuve contraire. Les parties étant maîtresses de leur litige, elles devaient en assumer les conséquences. La possibilité pour le juge de s'émanciper de la théorie du fait constant ne lui confère pas la possibilité de s'immiscer dans la matière litigieuse mais traduit seulement l'idée selon laquelle le juge et les parties collaborent dans l'établissement de la manifestation de la vérité. Le choix pour le juge de ne pas tenir pour constant un fait non contesté est une prérogative nécessaire au juge pour l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Le juge joue par conséquent un rôle dans l'administration de la preuve. Les prérogatives du juge en matière de preuve ne lui permettent pas de s'immiscer dans le fait ⁸⁴⁸ et ce malgré les craintes qui ont été formulées. Il ne peut pas introduire de nouveaux faits dans le débat, il ne dénature pas les prétentions. La mesure d'instruction n'a pas vocation à découvrir de nouveaux faits. L'article 146 alinéa 2 du Code de procédure civile est clair; «en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». Ce texte met bien en exergue qu'il n'est pas de l'office du juge de prouver les faits que les parties ont allégué ou non mais qui se trouvent dans le débat. La mesure d'instruction est une mesure subsidiaire. «L'augmentation réelle des pouvoirs du juge ne lui permet pas une investigation inquisitoriale dans la vie privée des parties, mais lui assure plus de clartés dans la connaissance des circonstances du cas». Il ne faut en effet pas perdre de vue que ces mesures d'instruction ne peuvent porter que sur « les faits dont dépend la solution du litige ». Cela implique que ces faits aient été préalablement identifiés. Motulsky considérait déjà que la preuve devait porter sur les éléments constitutifs du droit subjectif invoqués et uniquement sur ceux-là. Le

A *auctoritas* é um poder legitimado socialmente, mas para que ocorra essa legitimação é preciso que ao juiz seja atribuído – ou reconhecido – a responsabilidade social que detêm. Procura-se asseverar a reponsabilidade social do juiz, que se aproxima de modelos político-

Professeur Cadiet a la même position: «ce qui doit être prouvé, c'est le fait de nature à déclencher l'application de la règle de droit; c'est le fait tel qu'il est défini au présupposé de la règle de droit et qui est seul susceptible de déclencher l'application de son effet juridique». La jurisprudence va dans le même sens. C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré que «si les juges du fond peuvent recourir à une mesure d'instruction, il s'agit pour eux d'une simple faculté qui ne saurait être destinée à suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve, que dès lors il ne saurait être fait grief à la cour d'appel de ne pas avoir enjoint à l'URSSAF, qui se prévalait de la prescription, de produire les documents qu'elle détenait». En outre, nous rejoignons l'analyse des auteurs qui considèrent que «le risque que peut présenter cette mutabilité potentielle des faits est triplement limité. Primo, le juge demeure tenu de statuer et de ne statuer que sur ce qui lui est demandé; secundo, le principe du contradictoire lui permet de prévenir les abus et, tertio, cette ingérence du juge dans l'ordre des faits est d'une certaine manière atténuée, sinon compensée, d'une part, par le principe de proportionnalité de la preuve au but recherché, et d'autre part, par le renforcement des prérogatives reconnues aux parties sur les éléments juridiques du litige». Contrairement à ce qu'on a pu craindre, le développement des pouvoirs du juge n'a pas emporté le principe dispositif. La seule mesure d'instruction qui aurait pu constituer une atteinte à la maîtrise des faits par les parties est la production forcée. Or, celle-ci ne peut être ordonnée qu'à la demande d'une partie. Lorsque le juge décide de prononcer une mesure d'instruction, c'est toujours au regard de ce que les parties ont allégué. Les pouvoirs que le juge détient en matière de preuve sont des pouvoirs qui viennent servir l'office juridictionnel mais qui ne tendent pas à la découverte de nouveaux faits. Ils sont au contraire commandés par la fonction juridictionnelle. Ce qui compte c'est que le juge du jugement ne décèle pas seul de nouveaux faits. Nous rejoignons ainsi le Professeur Croze qui considère qu'on ne saurait admettre que le juge puisse prendre en compte des faits qui n'ont pas été apportés par les parties, mais on admet largement qu'il peut «traiter librement les informations qui lui ont été communiquées». Lorsque le juge use de la faculté qui lui est offerte par l'article 8 du Code de procédure civile, il invite les parties à préciser leur argumentation, à apporter des éclaircissements. Ainsi qu'il a pu être souligné, cette faculté du juge est également liée à sa fonction juridictionnelle: «l'analyse la plus fine possible des faits et du droit [...] seule garantira le rendu d'un jugement équitable». Le juge, pour pouvoir trancher le litige, doit connaître et bien connaître les prétentions des parties. La Cour de cassation encourage judicieusement les juges à user de cette faculté. La première chambre civile, dans un arrêt en date du 11 juin 2002, a ainsi cassé, au visa des articles 8 et 10 du Code de procédure civile, l'arrêt qui a débouté la mère de sa demande tendant à l'obtention d'un droit de visite sur son enfant au motif «qu'en statuant ainsi, sans user des pouvoirs que lui conféraient les articles 8 et 10 du code de procédure civile, la cour d'appel a violé les textes susvisés». On pourrait là encore voir une atteinte au principe dispositif, mais nous ne partageons pas ce point de vue, et ce pour au moins deux raisons. La première tient au fait que les parties restent maîtresses de la décision. Le juge n'apporte pas de son propre chef de nouveaux faits dans le débat. Les parties sont libres d'apporter ou non leur concours. La décision leur appartient, aucune sanction ne pourra être prononcée en cas de refus, le juge apprécie souverainement les conséquences du refus. Il n'est en aucun cas maître du fait⁸⁶⁶ si l'on préfère. La seconde est que, même si les parties étaient obligées d'apporter des explications de fait ou de droit au juge, cela ne contreviendrait pas au principe dispositif. Le fait pour les parties de devoir s'expliquer porte nécessairement sur les circonstances ayant donné lieu au litige et non sur un autre litige. L'obligation pour les parties de se justifier ne serait que la marque de la coopération entre les parties et le juge qui viendrait renforcer leurs offices respectifs. En effet, cela permettrait aux parties de délimiter tout leur litige en affinant les prétentions qu'elles soumettent au juge et cela permettrait à ce dernier de savoir exactement ce que veulent les parties. La possibilité de demander des explications de faits aux parties ne nous paraît dès lors pas contestable au regard du principe dispositif. Elle constitue, tout comme l'alinéa 2 de l'article 7 du Code de procédure civile, une mesure équilibrée qui tend à la conciliation de deux impératifs distincts, à savoir celui de la préservation du caractère privé du litige, et celui de la fonction juridictionnelle du juge. Par conséquent, il résulte de ces développements que le principe dispositif a pour finalité la fonction juridictionnelle, car, lorsque les parties délimitent leur litige, le juge doit trancher le litige. Plus précisément, de la même manière que les parties doivent délimiter un litige, le juge doit trancher un litige, pour cela il doit être actif et neutre. L'unité du litige s'est révélée être garantie par le principe de neutralité, neutralité consacrée par l'article 5 du Code de procédure civile, article qui n'est qu'une composante de l'article 12 du même Code. Mais les relations que le principe dispositif et la fonction juridictionnelle entretiennent ne s'arrêtent pas là. En effet, l'office des parties et du juge partagent les mêmes limites. Lorsque les parties n'apportent pas de litige, le juge n'exerce pas de fonction juridictionnelle. Il en est ainsi lorsque les parties apportent au juge un acte juridique qu'elles ont créé.» (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P. 150 e 153-158)

constitucionais, cujo denominador comum é o novo papel da jurisdição e do processo. A magistratura está agora na encruzilhada entre duas alternativas realistas, que implicam opções básicas: por um lado, uma revisão do modelo do juiz oficial, como tal, inerente ao aparelho do Estado e, portanto, reduzido à articulação interna do poder; por outro lado, a prefiguração de um juiz profissional, colocado fora do aparelho de Estado, que assume a função de uma barreira fora do Estado do aparelho, que assume as funções de uma barreira ou de uma limitação de potência aos outros poderes.⁸⁴³

A função jurisdicional, como *auctoritas*, tem como estrutura a dinamicidade processual produzida e permeada pela administração da justiça como a *potestas* ressignificada, voltando-se à participação democrática pelo Processo (não mais está submetida ao poder da *potestas*⁸⁴⁴ que reduz o Judiciário ao poder legislativo). A *potestas*, ao lado da *auctoritas* acaba com sua fusão a estabelecer a legitimidade democrática processual, que, de um lado, dimensiona a governabilidade das atribuições e funções das partes em colaboração reativa, tanto na formação quanto no desenvolvimento do processo, em seus meandros estáticos e dinâmicos estabelecidos com os objetos; e, de outro lado, essa colaboração reativa influencia diretamente para com a compreensão hermenêutica, que é representada em sua função jurisdicional. Podem com isso, em uma ampla dinamicidade processual, ter na norma individual a gênese do direito,

⁸⁴³PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **La Responsabilità del Giudice**. Milano: Giuffrè Editore, 1995.P.243-245.

⁸⁴⁴...esta última denominación (administración de la justicia) posee una connotación liberal e individualista derivada de la concepción de los revolucionarios franceses, los cuales consideraban de carácter secundario a la función jurisdiccional, específicamente en relación con el órgano legislativo, de manera que resaltaban los aspectos administrativos de la función jurisdiccional, que en la actualidad se refieren de manera esencial al gobierno y administración de la judicatura. Dicha situación decimonónica se ha superado de manera paulatina, de manera que en la actual idad no se discute que el organismo judicial, o al menos los tribunales de mayor jerarquía puedan intervenir, en ocasiones de manera decisiva, en la toma de decisiones de carácter fundamental en el Estado contemporáneo, e inclusive se ha llegado a sostener con fundamento, que ante el debilitamiento progresivo de las asambleas legislativas frente al ejecutivo predominante de nuestra época, la limitación de ese predominio descansa actualmente en los tribunales, los que adquieren en su conjunto la categoría de verdadero poder, el "poder judicial". (FIX-ZAMUDIO, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. **Ius et Veritas**, n.º 8, 1994, Pp.89-108. P 49)

representando a Jurisdição a legitimação democrática processual: essa fusão entra a dualidade de Poderes encontram guarida na criação jurisdiccional pela atividade jurisdiccional⁸⁴⁵.⁸⁴⁶

É necessário estabelecer o reencontro entre democracia participativa e função jurisdiccional, que conceda uma concepção atual da função judicial e da função processual, que adiram em seus sentidos a ideia de democracia ativa e cidadão ativo – reverso de massa inerte⁸⁴⁷.⁸⁴⁸

⁸⁴⁵La scelta è il momento inevitabile di fronte al contrasto tra la costante equivocità del testo e la necessità della soluzione del caso, necessità che pone sempre all'interprete il compito di risolvere l'equivocità del testo con una scelta que permetta la formulazione di una norma per la soluzione del caso. La norma viene sempre formulata in vista di casi (reali o ipotizzati), il cui giudizio così ritrova un elemento di continuità con giudizi di casi precedente e la formulazione della norma costituisce il ponte sempre da costruire tra un passato e un futuro; vive appunto nel momento di questo passaggio e perciò a sua volta, superata l'applicazione, si riduce a sua volta a passato, a elemento in funzione del quale tornerà, per una nuova applicazione, a formularsi la norma; a precedente. Perciò l'equivocità del testo è superata solo nel momento dell'applicazione della norma all'uopo formulata; norma che torna a sua volta poi ad essere testo per le applicazioni successive. La norma non è racchiusa nel testo si da poter essere ivi discoperta e l'interpretazione non è lo specchio di quanto racchiuso nel testo; il testo è se mai un seme per quella sempre rinnovata e transitoria formulazione della norma che per ogni applicazione compie l'interprete. (ASCARELLI, Tullio. *Giurisprudenza Costituzionale e Teoria dell'Interpretazione*. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Volume XII, Anno 1957. P. 355-356)

⁸⁴⁶RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 19, 2007, Pp. 1-19.

⁸⁴⁷Ma se al dittatore corrisponde la trasformazione del popolo in « massa » - con la parallela eliminazione della democrazia – bisogna anche dire che i trasformazione dei popolo in massa, nei cento modi in cui il fenomeno avviene, rappresenta una condizione indispensabile al formarsi dei regimi dittatoriali. (SFORZA, Widar Cesarini. **Crisi della libertà e crisi della legge**. in AA. VV., *La crisi dei valori*. Roma: Partenia, 1945, Pp.43-56. P.47)

⁸⁴⁸Las normas que forman parte del ordenamiento jurídico pueden ser impuestas por la fuerza, al igual que las sentencias dictadas por el Poder Judicial que tienen fuerza ejecutiva. Sin embargo, éste respaldo a través de la fuerza es insuficiente si no cuenta con la aceptación social. Sabido es que toda norma jurídica establece limitaciones a la libertad del ser humano entendida de modo absoluto. Estas limitaciones tienen la finalidad de asegurar la libertad de todos los individuos, limitando la de cada uno de ellos, a fin de que exista un medio de conducta distinto del uso de la fuerza. Pues bien, cualquier ser humano se sentirá mucho más inclinado a obedecer las normas si entiende por qué le son impuestas y si acepta el sentido de la imposición. Este requisito no es indispensable e indudablemente no puede cumplirse siempre, pero resulta racional y gratificante para el ser social. Con las sentencias emanadas del Poder Judicial sucede lo mismo. Su fuerza vinculante no procede de la aceptación social pero si la tiene, su efectividad será mucho mayor. Se debe tratar de alcanzar, como dice Aarnio, una solución tal que la mayoría de los miembros de la sociedad, racionalmente pensantes, puedan aceptar esa solución y esa justificación como la más adecuada. Por eso en un momento histórico en el cual el Poder Judicial y la administración de justicia están siendo duramente contestados, creo que es especialmente importante que las personas que detentan esta potestad cuiden el fondo y la forma. No en vano la forma siempre protege el fondo. El Poder Judicial tiene una responsabilidad mayor que la de aplicar estrictamente la ley aún en el caso hipotético de que ésta pudiera tener respuesta para todos los problemas sociales. El Poder Judicial es custodio de la Justicia y debe acercarla a los administrados. Debe hacer que confíen en ella y en la aplicación que de la misma van a hacer sus más directos custodios (PARGA, Milagros Otero. **La Responsabilidad Social de la Función Juzgadora**. Disponible em: <<https://www.tribunalqro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=6&cronicaJudicial=1>>. Acessado em 26/11/2017. P.31)

4.2.1 - Da superação da Motivação da Decisão (aplicação) para a ideia de Fundamentação da Decisão (compreensão hermenêutica)⁸⁴⁹

Si el Derecho es una actividad interpretativa y, por tanto, el objetivo es dar cuenta de la mejor versión de la práctica jurídica, la cuestión relevante se traslada a cómo los jueces deciden los casos que se plantean.⁸⁵⁰

O *ius dicere* atrela-se à motivação da decisão jurisdicional, fruto da idade moderna e do paradigma liberal, e se funda em um sistema processual rígido e demarcado pela aplicação da lei, que é assegurada pelo princípio dispositivo e subsequentemente pelo princípio da congruência, delimitando a atuação jurisdicional à aplicação do direito subjetivo como lei. A aplicação do direito consiste numa ideia racionalizada do direito, que ainda sobrevive na Ciência Jurídica, calcada na ideia de legalidade e aplicação da lei como motivação⁸⁵¹.⁸⁵²

⁸⁴⁹En la temática del mundo de la vida ya no se trata de la racionalidad, sino de la racionalidad de las propias condiciones de racionalidad; no se trata de las exigencias de fundamentación sino de la fundamentación de las exigencias de fundamentación. Las necesidades de evidencia de la teoría no pueden derivarse de situaciones históricas fácticas, situaciones de crisis, premuras ocasionadas por la duda. Como tales ellas mismas quedan sometidas a la impugnación del historicismo: no pueden ser racional ocuparse en cada caso y sin pensar de lo fáctico que está aconteciendo en el momento. Las necesidades de evidencia solamente son sólidas cuando, fundadas en el mundo de la vida, son derivables de allí intencionalmente y sin cortes, es decir, sin han surgido de un abandono no contingente y no fáctico del mundo de la vida. Pero en esse caso tampoco pueden ya formar parte secretamente de esse mundo de la vida, y tampoco del mundo de la vida profesional, enconces, de quien tiene que generar o también sólo observar las crisis de los fundamentos de las ciencias, o se propone resolverlas. (BLUMENBERG, Hans. **Teoría del Mundo de la Vida**. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013. P. 143-144)

⁸⁵⁰FUENTE, Oscar Pérez de la ¿Es Necesaria la Teoría para Decidir Casos Judiciales? **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, nº 13, 2010, Pp. 141-184 P. 144.

⁸⁵¹La responsabilidad judicial mantiene, pues, un vínculo inescindible con el concepto de que, para el juez, motivar no sólo es justificar, sino *justificarse*: primero ante los usufructos inmediatos de su decisión y, luego, ante la ciudadanía en general (depositaria de la soberanía). Y tal obligada rendición de cuentas es antitética con cualquier *ethos* judicial autoritario. Por el contrario, asimilar la motivación a la película de lo que ha estimulado al juez en su decisión, favorecería la impresión de que, en última instancia, el derecho no es lo que la *ratio* dice tras un examen público, sino lo que impone la *voluntas* de quien en cada momento tiene más poder. Es claro que, en esa onda, la motivación equivaldría —como mucho— a un gesto galante del juzgador por si a alguien le pica la curiosidad de conocer el granel de motivos que acabaron prevaleciendo en su magín. Eso de ningún modo debe aceptarse, la motivación no se asemeja al compadreo del señor que hace a sus súbditos partícipes de sus cuitas, sino al apremio de un gestor obligado a justificarse por sus actos. (SALAVERRIA, Juan Igartua. **La Motivación de las Sentencias, Imperativa Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. P. 92)

⁸⁵²Com ello, históricamente, la conexión con la modernidad y con su ilustración queda rota, declarada acabada; fenomenológicamente se há abandonado, revocado, rescindido la reducción de todos los cuestionamientos filosóficos al horizonte del mundo de la vida. El critério para el que satisface la exigencia es que nadie le puede confirmar eso. Al que comprende se le reconoce porque nadie le comprende. Él está ahí como el *factum brutum* sustraído a toda solicitud de adhesión y consenso. Por eso el plural de las sirvientas: todos se han vueltos rientes. Nada acredita a aquél de quien se ríe sino su propia reivindicación, que se resuelve em la evidencia paradójica de que esto es filosofía pero no se entiende nada. De esse modo, lo fáctico se há convertido em critério de lo esencial. [...] Lo esencial reside em la trivialidade, no exige em absoluto alejarse del mundo de la vida a posiciones excéntricas, sino describir lo de aportaciones fundamentadoras desde el mundo de la vida hay dentro de cada una de tales posiciones — las de las ciencias positivas — y puede hacerce efectivo más tarde. Hay que andar caminhos,

Motivação (*ius dicere*)⁸⁵³ é o aspecto da congruência processual é a incidência da norma aos fatos é a qualidade jurídica, o artigo de Lei. A fundamentação (*ius facere*), por sua vez, é a possibilidade de ir além, pois é matéria de direito que incide em obter dicta, e com isso podendo realizar gênese criativa do direito que é basilada pelo *iura novit curia*. Portanto, o *ius dicere* é tipicamente o reflexo da declaração da lei pelo juiz, devendo este aderir em seu *decisium* - ou sua *ratio decidendi* -: a motivação constitui o signo mais importante e típico da racionalização da função jurisdicional.^{854,855,856}

no dar saltos (BLUMENBERG, Hans. **La Risa de la Muchacha Tracia uma Protohistoria de la Teoría**. 1ª ed.. Valencia: Pre-Textos, 2000. P. 131 e segs.)

⁸⁵³«Dire il diritto» vuol dire, in questa prospettiva ‘positivistica’, *saper far credere* che questa ‘dizione’ consista nella semplice applicazione ai casi concreti della volontà legislativa espressa dal potere politico che resta quindi il solo sovrano. Da questa osservazione della realtà storica si deduce che il potere giurisdizionale sia nato fin dalle sue origini come potere occulto e diviso. Nella funzione/*potestas* di «dire il diritto», la *juris-dictio* appunto, vi è un valore intrinseco, una doppia proiezione destinata a diventare una tensione tra due forze diverse: 1) da un lato, la funzione di attribuire il torto e la ragione in rapporto a soggetti che domandano la decisione di un terzo che sia al di sopra di ogni sospetto di parzialità, e che abbia l’autorità pubblica di far rispettare e d’imporre, se necessario autorizzando l’uso della forza legittima, la sua desisione alla parte cui ha dato torto; 2) dall’altro, la funzione di vigilare sull’osservanza del diritto, ossia di verificare se i comportamenti e le azioni messe in atto dai soggetti che agiscono in un determinato territorio sottomesso alla giurisdizione che ne ha titolo, sono legittimi o no. Ora, entrambe queste funzioni comportano di per sé il controllo sulle azioni di tutti i soggetti compresi – e qui sta il nucleo del problema – quelli che sono chiamati a determinare le stesse regole che devono essere applicate nel giudizio. Il giudice è messo in tal modo in una condizione di piena legittimità nel sottoporre al suo giudizio non solo i cittadini comuni ma anche coloro che hanno messo nelle sue mani lo strumento stesso del suo potere, ossia il diritto. In altri termini, la *jurisdictio* si pone fin dalle origini come la forma più efficace di controllo del potere politico o, se si vuole, della sovranità. La giurisdizione non diventa, ma nasce come strumento di controllo e di limite di quella che fin da Bodin è stata ‘codificata’ come la dimensione principale del potere sovrano: la prerogativa di legiferare. La giurisdizione è dunque, intrinsecamente, un potere diviso e che divide, nel senso che per il fatto stesso di esistere essa separa la sovranità in due. Si può dire in questo senso, parafrasando la celebre formula kantowicziana, che la magistratura si configura come il secondo corpo del re. È un evidente paradosso se si ritiene, com’è altrettanto celebre definizione bodiniana, che il potere sovrano è per sua natura indivisibile. Questa è la condizione fondamentale del rapporto che s’instaura, fin dalle origini dell’organizzazione pubblica occidentale, tra potere sovrano e giurisdizione. È un gioco di doppi specchi nel quale il vero potere si afferma nel momento stesso in cui (e grazie al fatto che) si occulto e si nega come tale. S’imponne allora la necessità di qualificare il potere giurisdizionale come potere occulto. Questa natura arcaica fa sì che il potere di giudicare sia modellato su un paradosso costitutivo: esso deve operare negando la propria vera natura. In effetti, per rendere divisibile un potere indivisibile è necessario ricorrere a una suprema finzione giuridica e logica: la giurisdizione deve dissolversi come potere autonomo per lasciare tutta la scena alla sovranità politica. Il Politico resta sulla scena, unico attore, ad affrontare il pubblico e riceverne applausi o fischi. Senonché questo attore non è affatto autonomo nella scelta dei movimenti e dei contenuti della recitazione. Dietro le quinte è appostato il regista che decide e controlla. (DONATO, Francesco di. **Il Governo diviso dei Giudice**. Strategie e Tecniche della mediazione Patriarcale nel mondo Contemporaneo. In: Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. P. 300 e 304-305)

⁸⁵⁴La ratio decidendi abarca el critério jurídico determinante, así como las razones inescindiblemente relacionadas com la decision que el juzgador há tomado y sin las cuales la decisión del caso no sería comprensible o careceria de fundamento. A contratiu sensi, no constituyen ratio decidenci, no las recomendaciones que haga um juez em uma sentença, ni los consejos, ni los argumentos que no tienen que ver con lar parte resolutive de la sentença. (RUIZ, Oscar José Dueñas. **Lecciones de Hermeneutica Jurídica**. 5ª ed.. Rosatio: Editorial Universidad del Rosario, 2009. P. 167)

⁸⁵⁵CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 115.

⁸⁵⁶La decisión, por tanto, debe ser “legal”, pero de hecho solamente lo es dentro de los límites y en las formas en las que demuestra serlo, y en la medida en que permite el control sobre la validez de dicha demostración. Desde esta perspectiva, para el juez, la obligación de motivación significa demostrar que el principio de legalidad fue

Nesse sentido, a motivação da decisão judicial⁸⁵⁷ é o enquadramento legal acertando com a aplicação da lei, apontando a qualidade jurídica determinada junto ao objeto do processo, e se além limitadamente à *causa petendi*, ela é a resposta ao que corresponde aos fundamentos jurídicos da demanda. A motivação da decisão vincula-se ao princípio da congruência, relaciona-se diretamente com o controle político sobre o Judiciário, balizando sua atividade ao *ius dicere*⁸⁵⁸, de modo que representa nitidamente a crise da legalidade, em cuja base se encontra sempre uma discordância mais ou menos aguda entre leis em vigor e as exigências sociais.

Ocorre que a sociedade se apresenta muito diferente daquela do Estado Moderno, pois o ser passa balizar-se através de posturas de um cidadão ativo, e a vida cada dia mais juridiciza-se pela incessante constituição de novas complexidades, as quais denotam que o direito acontece fora da lei, através dos fenômenos conflituais. O paradigma científico cartesiano-matemático cada dia mais denota a sua erosão frente ao declínio da legalidade. Esse mundo de certezas criado com o direito legal é superado por um mundo de incertezas; este mundo é plural, complexo e acaba sendo um mundo de possibilidades.

Torna-se visível no campo Judiciário, naquele singular fenômeno de patologia judiciária que se pode chamar da crise motivacional.⁸⁵⁹

efectivamente respetado en el caso de la decisión concreta. (TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. P.352)

⁸⁵⁷Nel processo la prestazione indefettibile dell'autorità giudiziaria è la qualificazione giuridica del fatto, la quale presuppone l'accertamento del fatto riformulato in termini giuridici (scomposto nei fatti rilevanti secondo la qualificazione giuridica assunta) e alla quale consegue l'accertamento o la costituzione dell'effetto giuridico preteso dall'attore. Qualora il caso ricada sotto l'ambito di una norma differente rispetto a quella invocata, due sono le alternative assunte: consentire al giudice di riqualificare il fatto, oppure imporre al giudice di rigettare la domanda. Ritenuta valida, anche in ragione di una scelta valoriale, **la prima opzione** non si è ancora in grado di delimitarne l'estensione oggettiva: per quanto riguarda i limiti entro i quali può spiegare legittimamente efficacia, difatti, il potere-dovere di qualificazione giuridica si muove all'interno del principio della domanda e del diritto fatto valere in giudizio (fino al limite del concorso di azioni, ma ovviamente escluso questo); per quanto attiene alle modalità di esercizio, deve essere esercitato in conformità al principio del contraddittorio; per quanto attiene alle limitazioni che possano provenire da altri istituti, deve essere confrontato con le disposizioni processuali che tendono nel progredire del giudizio a precludere al giudice la valutazione o rivalutazione di questioni rilevanti (sentenze non definitive, principio di diritto, motivi di impugnazione) e che quindi sono idonee ad arrestarne l'efficacia espansiva anche all'interno del perimetro tracciato dal principio della domanda. (SANTINI, Marco **Iura novit curia**. Bologna: Università di Bologna, 2012. Thesis Dottorato di ricerca in Istituzioni, mercati e tutele: indirizzo "Diritto processuale civile", 221 p. Disponibile em: < <http://amsdottorato.unibo.it/5002/1/Santini2012INC-ocr.pdf>> . P.1-2)

⁸⁵⁸Muito bem dimensiona Postigo a motivação da decisão, apresentando argumento sólidos na atualidade para a continuação e realização de uma Ciência Processual Positiva, diferente da que propõe-se: POSTIGO, Victor. La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa. **Revista el Derecho de Colegio de Abogados de Arequipa**, Lima, 2015.

⁸⁵⁹CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 78.

El pecado más grave de la ciencia procesal de estos últimos cincuenta años ha sido, a mi entender, precisamente este: haber separado el proceso de su finalidad social; haber estudiado el proceso como un territorio cerrado, como un mundo por sí mismo, haber pensado que se podía crear en torno al mismo una especie de soberbio aislamiento separándolo cada vez de manera más profunda de todos los vínculos con el derecho sustancial, de todos los contactos con los problemas de sustancia; de la justicia, en suma.⁸⁶⁰

Essa crise, somente pode ser superada com a função jurisdicional acostada à fundamentação da decisão, possibilitando a dinamicidade processual junto a uma profunda ressignificação do princípio dispositivo constitucionalizado pelo princípio contraditório

⁸⁶⁰Los grandes maestros nos habían enseñado que el proceso no puede ser por sí mismo. “La acción es un derecho-medio”, nos había recordado Chiovenda; el propio Carnelutti, aun habiendo sido el más decidido campeón de las reivindicaciones territoriales del procedimiento sobre el derecho sustancial, había puesto, sin embargo, en evidencia, con claridad in-superable, el carácter “instrumental” del derecho procesal. Eran enseñanzas prudentes, que habrían debido sugerir modestia y discreción; ponernos en guardia contra el peligro de la soberbia por la perfección formal de nuestras geometrías. Y, en cambio, hemos caído precisamente en él: en el abstractismo, en el dogmatismo, en el panlogismo. Puede parecer extraño (pero no lo es, puesto que en el espíritu del hombre, y lo mismo en la sociedad humana, no existen compartimentos estancos), que en ciertos períodos históricos las mismas desviaciones, las mismas perversiones, se verifiquen, aun cuando sea con diverso nombre, en los campos que parecerían más apartados y dispares del pensamiento humano. A nadie se le ocurriría pensar que entre el derecho procesal y la poesía, o entre el derecho procesal y la pintura, haya muchos puntos de contacto e influjos inconscientes de tendencias espirituales comunes. Y, sin embargo, también nuestros estudios sediría que han sentido en estos últimos cincuenta años la misma crisis espiritual que ha perturbado el arte, el abstractismo. La poesía “pura” de los abstractistas; la poesía reducida a una sucesión ritmada de palabras de sentido secreto, o, diría quien no entiende de ello, de palabras carentes de sentido; la pintura reducida a arabescos sin expresión, a entrecruzamientos de líneas apartadas de todo significado humano. La misma infección ha penetrado en el campo de nuestros estudios: el procedimiento “puro”, el procesalista “puro”, la acción “en sentido abstracto”. Quizá, no digamos la decadencia, sino la perturbación de nuestros estudios, derivada de esta separación tan poco natural entre el proceso y la justicia a la que el mismo debe servir, ha comenzado el día en que se ha formulado la teoría del derecho abstracto de accionar; desde el momento en que se ha comenzado a enseñar, y a construir sobre ellas bellísimas teorías, que la acción no sirve para dar la razón a quien la tiene, que la acción no es el derecho, correspondiente a quien tiene razón, de obtener justicia, sino que es simplemente el derecho a obtener una sentencia cualquiera que sea, un derecho vacío, que queda igualmente satisfecho aun cuando el juez no le dé la razón a quien la tiene y la da quien no la tiene. Esta idea de la acción como “derecho a no tener razón”, sobre la cual nosotros los teóricos discutimos en serio desde hace casi un siglo, es una de aquellas ideas que, al exponerlas a los prácticos, que ignoran las teorías pero tienen el sano criterio que deriva de la experiencia, los hacen reír a nuestra costa; y precisamente aquí, en estos abstractismos con que se complica la realidad, “está quizá la razón más profunda – también éstas son palabras de Carnelutti – de la poca estimación en que somos tenidos por los prácticos”. Y aquí está también el problema: no solamente en este divorcio entre la ciencia del proceso y los fines prácticos de la justicia, sino también en esta especie de altanería científica la cual nos lleva a creer que nuestras construcciones lógicas, nuestros “sistemas” son más verdaderos, más reales se podría decir, que aquella realidad práctica que vive en las aulas judiciales; casi como si nuestros sistemas teóricos fueran el prius, una especie de cánones incorruptibles mantenidos en custodia sub especie aeternitatis en el emporio de la teoría, a los cuales deberían ajustarse las leyes, sin lo cual, si no se ajustan a ellos, nosotros “procesalistas puros” nos sentiremos autorizados a proclamar que las leyes están equivocadas. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Justicia**. Peru: Pacífico Editores, 2014. P. 13-15)

constitucionalizado, abrindo espaço para uma ampla colaboração reativa dos cidadãos ativos em uma democracia participativa processual, centro esta da politização da vida^{861,862}.

Com a função jurisdicional ocorre a compreensão hermenêutica do fenômeno conflitual que, ganhando processualidade, é desvelado interpretativamente em sua textualidade e contextualidade: é esta a arte do direito⁸⁶³. A função jurisdicional é centrada na atividade do Estado-Juiz criar o direito (*ius facere*) interpretando a norma e fazendo novo texto, e por esta razão ganha espaço na decisão no que toca à fundamentação, e não no que toca à motivação (congruência processual).

A fundamentação vista pela dinamicidade processual acaba rompendo com o rigorismo metodológico processual, apresenta com a compreensão hermenêutica novos horizontes ao direito e, com isso, acaba causando a ruptura com o princípio da congruência, sendo que de um lado se pode flexibilizar a congruência (discricionárias) e de outro lado acarretar na incongruência (arbitrárias). Já que a governança das partes no processo é relevante a dinâmica processual, acaba assim operando o princípio do *iura novit curia*, rompendo com a cisão entre questões de fato e de direito, voltando-se à centralidade do fenômeno, e não mais desse rigorismo Científico improdutivo ao direito⁸⁶⁴.

⁸⁶¹Ver: Dalla disciplina (Corporativa) della Magistratura alla deontologia (Cittadina) della Giustizia; Depoliticizzazione della Magistratura e Ri-Politicizzazione del Processo. In OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º 3-4/2013. Pp.701-727)

⁸⁶²RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 17, n.º 65, 2009, Pp. 53-68.

⁸⁶³Ciertamente, el arte del legislador es más pobre que aquel del pintor. Pero no hay solamente la pintura en el campo del arte. Justamente la pintura está a un extremo de este campo y la música al otro: entre ellas una gradación de la riqueza hacia la pobreza o bien pudiera decirse desde la corporeidad hasta la incorporeidad. Pero, si a la calificación del legislador como pintor se sustituye aquella del músico, la dificultad, para no decir la extravagancia del discurso aumenta todavía. ¡Sin embargo! El pintor no necesita ninguna colaboración para que el público guste sus obras. Al contrario, para el músico la cosa es diversa. Aquí se encuentra una figura, que a los juristas es particularmente familiar. ¿Quién de nosotros no habla de *intérprete* y de *interpretación*? Se interpreta la ley, se interpreta el contrato, se interpreta el testamento. Interpreta el juez, interpreta el acusador, interpreta el defensor. [...] El intérprete jurídico es su hermano. La interpretación jurídica y la interpretación artística no son dos cosas diversas sino la misma cosa. Si el derecho no fuera arte, no habría interpretación en su campo. La interpretación jurídica es una forma de interpretación artística; y si no tuviese este carácter no sería interpretación. (CARNELUTTI, Francesco. **Arte del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1948. P. 54)

⁸⁶⁴La motivación de las sentencias es, verdaderamente, una garantía grande de justicia, cuando mediante ella se consigue reproducir exactamente como en un croquis topográfico, el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a su conclusión; en tal caso, si la conclusión es equivocada, se puede fácilmente determinar, a través de los fundamentos, en qué momento de su camino, el juez ha perdido la orientación. ¿Pero cuántas veces los fundamentos son una fiel reproducción del sendero que ha guiado al juez hasta el punto de llegada? ¿Cuántas veces el juez está en condiciones de darse exacta cuenta, él mismo, de los motivos que le han inducido a decidir así? Se representa escolásticamente la sentencia como el producto de un puro juego lógico, fríamente realizado, sobre conceptos abstractos, ligados por una inexorable concatenación de premisas y de consecuencias; pero en realidad, sobre el tablero del juez, los peones son hombres vivos que irradian una invisible fuerza magnética que encuentran resonancias o repulsiones ilógicas, pero humanas, en los sentimientos del juzgador. ¿Cómo se puede conseguir una motivación que no reproduzca los subterráneos meandros de estas corrientes sentimentales, a cuyo influjo mágico ningún juez, ni el más severo, puede sustraerse? A un cuando continuamente se repita que la

Justifica-se a função jurisdicional em uma compreensão hermenêutica voltada a fundamentação de suas decisões: propõe-se uma Ciência Indutiva, a qual o fenômeno conflitológico de interesses passa a ser possibilidade ao direito⁸⁶⁵. A politização da vida é via de possibilidade ao Processo e por sua dinâmica aderente da complexidade do mundo existencial acaba por efetuar-se em plena legitimidade democrática processual.

A dinamicidade processual acerta no cidadão ativo em uma colaboração reativa, isso vem a demonstrar que o império do cidadão passa a ser relevante para a superação do Império da Lei e o Império da Jurisdição para que a sociedade se construa politicamente. Aquela cisão entre indivíduo e representantes políticos ruiu, em um primeiro momento com a politização do direito junto ao Império da Jurisdição, fenômeno importante para a projeção do império do cidadão, este com a dinâmica processual aderida de uma democracia participativa faz de seus fenômenos conflituais gênese do direito.

Ao dever de fundamentação da decisão jurisdicional deve apoiar-se a dinâmica processual, pois com a reestruturação dos princípios dispositivo e do contraditório, ambos Constitucionalizados, somando a eles toda normativa processual constitucional, a dinamicidade processual assegura a imparcialidade na tomada das decisões judiciais, *o que fundamentará a decisão é o fenômeno conflitológico de interesses*, dado que o fenômeno ultrapassará os limites legais postos com a motivação e, pelo contrário do que se considera, garante-se a imparcialidade pela administração da justiça, a qual acerta a dinamicidade processual pela governança das partes em colaboração reativa.

Com isso poderá romper com o princípio da congruência e desenvolver-se com base no brocardo *iura novit curia*: a decisão será construída pelas partes e não pelo Juiz. Portanto, a

sentencia se puede esquemáticamente reducir a unsilogismo en el cual, de premisas dadas, el juez saca, por la sola virtud de la lógica, la conclusión, ocurre a veces que el juez, al hacer la sentencia, invierte el orden natural del silogismo: esto es, primero encuentra la parte dispositiva y después las premisas que sirven para justificarlo. A esta inversión de la lógica formal, parece que el juez sea inducido oficialmente por ciertos preceptos judiciales, como los que le imponen publicar al final de la audiencia la parte dispositiva de la sentencia (esto es, la conclusión), mientras le consiente demorar algunos días la formulación de los motivos (esto es, las premisas). La misma ley parece, pues, reconocer que la dificultad de juzgar no consiste tanto en encontrar la conclusión, que es trabajo que puede despacharse en el día, sino en encontrar después, con más largas meditaciones, las premisas cuya conclusión debería ser, según el vulgo, la consecuencia. Las premisas aparecen muy a menudo, no obstante su nombre, meses después; el techo, en materia judicial, se puede construir antes que las paredes. Con esto, no se quiere decir que la parte dispositiva se obtenga a ciegas y que los fundamentos tengan solamente el objeto de hacer aparecer como fruto de riguroso razonamiento lo que en realidad es fruto del arbitrio; se quiere decir solamente que, al juzgar, la intuición y el sentimiento tienen muy a menudo una participación más importante de lo que a primera vista parece; por algo, dirá alguno, sentencia deriva de sentir. (CALAMANDREI, Piero. **Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado**. Madrid: Casa Editorial Góngora, 2009. P. 123)

⁸⁶⁵Mais de que um espaço de total selvageria, representando uma alteridade radical em relação à cidade e a suas terras humanizadas, trata-se dos confins, das zonas limítrofes, das fronteiras onde o Outro se manifesta no contato que regularmente se mantém com ele, convivendo o selvagem e o cultivando, em oposição, é verdade, mas também em interpretação. (VERNANT, Jean-Pierre. **A Morte nos Olhos**. Figurações do Outro na Grécia Antiga. Ártemis, Gorgó. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.. P. 18)

decisão não é imparcial em si mesma, mas sim na medida em que se demonstre o que é. Então, o nexo com a obrigação da fundamentação é intuitivo: se a decisão for fundamentada pode ser considerada tanto parcial como imparcial. Somente mediante a fundamentação é possível evitar a parcialidade e, portanto, garantir a imparcialidade⁸⁶⁶.⁸⁶⁷

En concreto, para las nuevas epistemologías empiristas, el objetivo del conocimiento inductivo no es ya la búsqueda de certezas absolutas, sino tan sólo de "supuestos" o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen "probables". En esto radica su "miseria", pero también su "grandeza": se ha restaurado la confianza en una racionalidad empírica que, renunciando al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta, recupera, a través del concepto de "probabilidad", un elemento de objetividad. La recuperación de la racionalidad empírica a través del concepto de probabilidad no carece de consecuencias para la fijación judicial de los hechos. Por un lado, la declaración de hechos probados ya no puede ser concebida como un momento místico y/o insusceptible de control racional, como ha sido (y aún es)

⁸⁶⁶Deve-se ler o que Taruffo chama de **motivação** como **fundamentação**. Elabora sua teoria com base no sistema jurídico da *common law*, explana que: En conexión con el principio de obligatoriedad de la motivación deben considerarse, por una parte, los principios de independencia y de sujeción del juez a la ley y, por la otra, la garantía de la defensa. Es conocido que la Constitución garantiza la independencia del juez principalmente frente a los otros poderes del Estado, de manera que la independencia de cada juez se encuentra garantizada de manera indirecta, en la medida en la que subsiste la independencia del poder judicial em cuanto tal. Pero no es esta la perspectiva desde la que se observan las conexiones con el principio de obligatoriedad de la motivación, sino desde el punto de vista del "valor" que da sentido al principio de independencia, es decir, la imparcialidad del juez. De hecho, para mayor precisión, no da cuenta de la imparcialidad abstracta, entendida como ausencia de vínculos genéticos o institucionales de dependencia del juez, sino la que podríamos definir como imparcialidad "concreta", esto es, la neutralidade del juez ante cada controversia que se somete a su decisión. En sustancia, no solamente el juez debe ser imparcial, sino que es necesario que la imparcialidad pueda verificarse en cada decisión concreta: la decisión no es imparcial en sí misma, sino en la medida en la que se demuestre que lo es. Entonces, el nexo con la obligación de la motivación es intuitivo: si la decisión no motivada puede ser tanto parcial como imparcial, sólo mediante la motivación es posible evitar la parcialidad y, por tanto, garantizar la imparcialidad. Así las cosas, el principio de independencia institucional del juez y el principio de obligatoriedad de la motivación están conectados, en la medida en la que ambos están orientados, por diferentes caminos, a garantizar el resultado de la independencia del juicio. Evidentemente, el problema de la imparcialidad no se resuelve de manera integral ni por la garantía de la independencia del juez, ni por la de la motivación: no es casual que solamente se hable de condiciones "necesarias". Además, debe subrayarse que las normas constitucionales no pueden limitarse a dictar condiciones "de mínima", o sea, a excluir del ordenamiento la figura del juez a priori parcial, por ser institucionalmente no independiente, y no estar obligado a dar cuenta de la manera en la que ejerce el poder que le há sido otorgado [...] Es intuitivo que no se trata de un mero control del grado de lógica o validez formal del razonamiento del juez, sino principalmente de una verificación de la congruencia de las elecciones del juez con los valores de la sociedad, o sea, de un control esencialmente político sobre el fundamento de justicia de la decisión. (TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. P.351 e 360)

⁸⁶⁷Não são apenas decisões dos tribunais que devem ser fundamentadas, por imperativo constitucional explícito ou implícito. Também o são, por exemplo, o veto político do Presidente da República, as moções de confiança e de censura ao Governo em sistema parlamentar e em sistema semipresidencial ou até, por vezes, a dissolução do Parlamento ou a demissão do Governo, e, em qualquer sistema, a declaração de estado de sítio. Além disso, o Estado de Direito exige a fundamentação dos atos administrativos que afetem direitos ou interesses legítimos dos administrados. Mas, no tocante aos tribunais, há particularidades irredutíveis. Em primeiro lugar, as suas decisões – todas, exceto as de simples expediente – devem ser fundamentadas. Em segundo lugar, a fundamentação surge como inerente ao próprio Poder Judiciário, à própria função: jurisdicção, dizer o Direito, declarar a norma aplicável ao caso, pressupõe determinar o porquê da norma e estabelecer a sua relação com o caso. Em terceiro lugar, evidencia-se aqui a contra-responsabilização dos juizes, contrapartida de irresponsabilidade, em princípio, dos seus atos. E ela é garantia ineliminável do recurso para instância superior. (MIRANDA, Jorge. **Prefácio**. In: MIRANDA, Felipe Arandy. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional**. Brasília: IDP, 2014. P.3)

frecuente en ciertas ideologías del proceso. Por otro, si el conocimiento inductivo de los hechos no produce resultados infalibles, han de introducirse todas las garantías posibles (garantías epistemológicas) para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos y, en su caso, facilitar su eventual revisión. *Todo lo cual desemboca, frente a lo que había sido la tradición, en una exigencia de motivación.*⁸⁶⁸ (g.n)

Em muitos países e por meio de muitas teorias processuais, são formulados textos processuais que discorrem que todas as decisões devem conter como elementos: o relatório, a fundamentação e o *decisium*, o que ocorre em nosso país através do artigo 489 do NCPC, em seus incisos I, II e III, onde, inclusive, o legislador é taxativo demonstrando as hipóteses de seu § 1º nas quais aponta o que não viria a ser considerada uma decisão fundamentada⁸⁶⁹.

A lógica da decisão apesar de tentar ultrapassar o formalismo jurídico acaba caindo no mais puro rigorismo científico dedutivista⁸⁷⁰, o que vem a realmente importar com alusão ao

⁸⁶⁸ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho**. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. P. 8.

⁸⁶⁹Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10-01-2018)

⁸⁷⁰La légalité de la motivation apparaît alors comme une garantie de la légalité de la norme juridictionnelle, légalité qui, parfois, ne pourra être acquise que par la création de la norme jurisprudentielle. On sait que deux niveaux de normativité peuvent se dégager dans le cadre du jugement, ce dernier étant constitutif d'une norme individuelle et pouvant donner naissance à la création d'une norme à portée générale. Expliquons-nous. L'acte juridictionnel qui met fin au litige contient une norme individuelle, une norme qui a vocation à régir le comportement des parties au litige et uniquement le comportement de ces dernières. Mais parfois dans le cadre du contrôle de la qualification juridique – autrement dit dans le cadre du contrôle de la motivation de la norme juridictionnelle –, le juge pourra être amené à créer une norme à portée non plus individuelle mais générale, la norme jurisprudentielle, norme qui aura alors force de loi. La prise en compte des volontés individuelles ne doit donc se faire que dans le cadre de la légalité, exigence de légalité qui justifie donc que le juge doive, parfois, d'office relever les moyens de pur droit. Et peut-être peut-on alors penser, puisque l'expression «moyen de pur droit» n'existe plus, que le moyen d'ordre public retrouve une place dans le paysage juridique. Ce moyen que l'on croit disparu est peut-être amené à jouer un nouveau rôle sur la scène procédurale. [...] Ses manifestations dans le contentieux civil font ainsi penser qu'il existe certainement une notion unitaire de moyen d'ordre public transcendant les différences de contentieux. N'oublions pas que le moyen de pur droit n'est qu'un moyen d'ordre public, et que ce qu'a consacré la Cour de cassation est bien l'obligation de relever les moyens d'ordre public. Mais alors, de quel moyen d'ordre public parle-t-on? Que recouvre ce «noyau irréductible, le bastion le plus important, la dernière ligne de défense insurmontable pour la réalisation de l'ordre juridique»? Difficile à définir, cette « notion aux cent visages » est avant tout fonctionnelle, elle se laisse appréhender par ses effets. On a pu écrire que l'ordre public qui affecte

artigo apresentado é a existência da fundamentação das decisões, mas como se vê, ela encontra-se vinculada ao aspecto decisório que é tido como a motivação da decisão. É neste elemento que se deve centrar a qualidade jurídica, ou seja, isso levanta a profunda crise do direito e ao seu apego ao legalismo.

A aplicação da lei é o que determinam os Códigos; porém, superando essa visão arcaica do direito se opondo a ela⁸⁷¹, vai nesse aspecto a compreensão hermenêutica acostada à fundamentação da decisão, a qual vem a utilizar-se do fenômeno conflitológico de interesses em uma confluência entre texto e contexto⁸⁷², assim realizando-se o Processo como Ciência Indutiva e vinculado ao paradigma científico da complexidade⁸⁷³.

aujourd'hui le procès civil n'est plus « l'ordre public politique » mais bien « l'ordre public économique ». La justice est aujourd'hui appréhendée non plus comme le règlement d'intérêts privés, mais comme un service public à part entière. Ainsi qu'il a justement été noté, « la fonction directive de l'ordre public étatique a nettement diminué, en même temps sa fonction protectrice s'est développée ». Cet ordre public perturbateur est constitué non seulement par l'ordre public procédural, mais également par l'ordre public substantiel; ou, pour reprendre une distinction proposée en doctrine, par « l'ordre public processuel dépendant du fond du droit » et « l'ordre public purement processuel ». Pour notre part nous pensons que le moyen d'ordre public est le moyen qui tend à préserver la légalité dans la mesure où la contrariété à l'ordre public n'est autre que la contrariété à la loi. [...] Le juge est donc toujours tenu de statuer conformément au droit applicable, mais il statuera conformément au droit choisi par les parties, si l'on préfère il statuera conformément à la motivation proposée par les parties et ce dans le respect de la légalité. En outre, quand il requalifiera parce que la légalité est concernée il devra le faire dans le respect des prétentions des parties, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P. 182-184)

⁸⁷¹Houve, porém, em Roma, uma época em que o Estado se esforçou por exgotar definitivamente todas as fontes espontaneas do direito, a fim de assegurar no futuro a permanencia de uma legislação considerada como perfeita e que já não podia ser modificada senão pela vontade livre e arbitrária do proprio legislador: as clausulas de anno para anno elaboradas pelo pretor, foram condensadas em um texto unico e perpetuo ; limitou-se a influencia moral e scientifica dos jurisconsultos, submetendo a prática judicial á autoridade absoluta de interpretes especialmente admitidos, ao respeito formal dos com-mentarios só oficialmente reconhecidos. Numa palavra, a vontade soberana do Imperador devia ser a unica fonte do direito. Foi então que o direito romano, emigrando para Bysancio com os Imperadores, começou a falar grego; foi então que a codificação, emprehendida e levada a cabo por Justiniano, veio acabar-lhe a fixação. Esta fixação produz, porém, uma verdadeira ankylose das instituições jurídicas: a sciencia dos jurisconsultos e a prática judicial, simultaneamente feridas de esterilidade, já não realizam a sua obra de adaptação e de expansão do direito. E' a decadencia romana: toda a sociedade absorvida no Estado, **todo o direito encerrado na lei, e o direito cessando de evoluir, porque a sociedade cessa de viver**. Os progressos da erudição moderna têmnos mostrado o verdadeiro character das instituições jurídicas de Roma: estas, como já se disse, são um puro producto da historia e é com os elementos fornecidos pela historia que a especulação racional, por uma questão de tórma, que não deve de maneira alguma produzir illusão sobre o fundo, edificou o monumento geometrico de que Leibnitz pode dizer que fôra construído segundo o rigor dos princípios mathematicos. Muito melhor se podia comparar o direito romano a uma arvore rustica, criada no solo pedregoso e ingrato da Roma primitiva, e da qual os magistrados e os jurisconsultos, applicando-se, como habeis jardineiros, a cortar os ramos seccos e a fazer brotar, por enxertos apropriada dos, folhagens novas, não chegaram todavia a disfarçar aos olhos do historiador avisado, as nodosidades, as cicatrizes, as irregularidades que revelam a sua vida accidentada, o seu desinvolvemento frouxo, penoso, e como que instinctivo. (CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938. P. 37-39)

⁸⁷²Vide: RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

⁸⁷³SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 174.

A motivação é o reflexo de um sistema rígido do direito, o qual aprisionou o juiz ao *ius dicere*. Porém, para satisfazer os requisitos de legitimidade de uma decisão, já não é suficiente hoje para simplesmente se referir a uma lei. Os debates se tornam "pós-legislativos", conectando assim um maior grau de responsabilidade social dos juízes para com a adequação da normativa geral à constituição e para com a criação do direito no caso concreto, de modo que os juízes não podem escapar à obrigação de esclarecer a hierarquia de interesses e valores que os levam a favorecer um texto sobre outro na fundamentação.

La questione della motivazione è un esempio. Essa infatti sta diventando sempre più importante nella rete del diritto. Per soddisfare i requisiti di legittimità di una decisione non è più sufficiente oggi rinviare semplicemente ad una norma di legge. 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», e 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.^{874, 875}

A reponsabilidade sociopolítica do juiz aumenta na medida em que se afasta da concepção de “juiz boca da lei”, momento em que seu poder era nulo e era limitado a ser porta voz do legislativo: “*ai nostri tempi, la funzione del giudice è lontana da queste rappresentazioni mitiche, essa è stata ridotta a proporzioni più ragionevoli. Il suo campo d'azione è anche molto più ampio ed era prevedibile che la questione sarebbe stata all'ordine del giorno.*”⁸⁷⁶: em nosso tempo o campo de atuação do juiz é muito mais amplo do que se via no passado, fuge o juiz da censura a qual sofria, por ser um poder difícil de isolar^{877, 878}.

⁸⁷⁴OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727.

⁸⁷⁵I giudici che hanno tentato di descriverle sembrano convenire sul fatto che le sensazioni provate nel momento critico – quello che precede immediatamente la decisione – sono difficilmente comunicabili. Non ci resta, quindi, che concentrarci sui loro messaggi, cioè sulle motivazioni che essi danno e che guideranno in futuro sia noi sia loro. (DAWSON. **Gli Oracoli del Diritto**. Napoli: Neqça Sede Dell'Istituto, 2014. P. 1)

⁸⁷⁶OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P. 712.

⁸⁷⁷*In rapporto alla sovranità politica il potere giurisdizionale si pone dunque di per sé come un antipotere di natura occulta*. Dal punto di osservazione dello storico, e più in generale degli studiosi delle scienze sociali, il cui compito principale è quello di ricostruire fedelmente i fatti e studiarli con metodo analitico, ciò significa che il potere dei giudici è un potere molto difficile da isolare; con la relevantissima conseguenza che è pressoché impossibile farne oggetto autonomo di studio fondandosi esclusivamente sugli atti formali che esso produce ovvero considerando solo le categorie concettuali ordinarie. Chi decida di studiare la magistratura e l'ideologia giuridica che vi è sottesa in questo modo è destinato senza ombra di ragionevole dubbio a finire fuori strada. (DONATO, Francesco di. **Il Governo diviso dei Giudice**. Strategie e Tecniche dela mediazione Patriarcale nel mondo Contemporaneo. In: Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. P. 317-318)

⁸⁷⁸Des Denuestro al pecador a la censura de la Creacion. In: BLUMENBERG, Hans. **La Risa de la Muchacha Tracia uma Protohistoria de la Teoría**. 1ª ed. Valencia: Pre-Textos, 2000. P. 205-206.

Ponto fulcral apresentado pelo fenômeno conflitológico de interesses é o relevo dos contextos sobre o texto⁸⁷⁹. As complexidades apresentadas pelos fenômenos são das mais diversas e acabam exigindo do Estado-Juiz respostas diversas do sistema Legislativo e ocorre assim uma incapacidade de adequação destas normas. A relação entre motivação e decisão, mais precisamente, não é indiscutível se a decisão judicial é fruto de uma mera "atividade silogística". Pode-se dizer que o que acontece no processo é – no fim – a construção de um silogismo que encontra uma epifania na motivação?⁸⁸⁰

Como poderão as instituições processuais criadas para uma sociedade que emergia das convulsões sociais do começo da Idade Moderna para quem 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. Na verdade, o Processo de Conhecimento, como qualquer lógica absolutizante, que se construa sobre rígidos silogismos,

⁸⁷⁹La scienza del diritto, in altri termini, può essere intesa come una scienza del reale, e in particolare come una scienza teorica del reale che si propone di fornire spiegazioni causali. Se il diritto è un fatto sociale, tale scienza deve configurarsi come scienza sociale. [...] La scienza giuridica deve inoltre analizzare le componenti portatrici di senso dell'accadere sociale, come sottolinea il punto di vista ermeneutico. (ALBERT, Hans. *Scienza Giuridica ed Ermeneutica: il Diritto come Fatto Sociale e il Compito della Giurisprudenza*. **Ars Interpretandi**, 2007, n.º1. P. 231-233)

⁸⁸⁰Un discorso – ancorché sommario – sulla motivazione delle decisioni giudiziarie non può che essere, per dirla con Heidegger, un Holzweg: un sentiero nel bosco. Dell'opera di Heidegger – Holzwege – è stato detto: «Gli Holzwege sono quei sentieri che cominciano al limitare di un bosco e che, man mano che si inoltrano nel fitto, vanno sempre più perdendosi» Ebbene, il discorso sulla motivazione è un fitto bosco, talora impenetrabile, dove numerosi sentieri – tutti da esplorare accuratamente! – si intersecano, confluiscono, interagiscono, divergono. Cercherò qui di percorrere, per quanto possibile, un sentiero ben definito: quello che si interroga sul rapporto che corre tra motivazione del provvedimento e applicazione della norma. Che la motivazione sia un preciso obbligo di legge (art. 111 della Costituzione: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati») è fatto pacifico. Ciò che invece non è affatto pacifico è il rapporto che corre tra motivazione e decisione: più precisamente, non è pacifico se la decisione giudiziaria sia o meno frutto di una mera "attività sillogistica". Il mio cammino, lungo l'Holzweg di cui vado trattando, iniziò tanti anni or sono, quando – uditore giudiziario nuovo di zecca – sentivo immancabilmente risuonare, in camera di consiglio, il quesito di rito: «Reggerà la motivazione?». Mi incuriosiva il fatto che, nella preoccupazione di chi era chiamato a giudicare, prevalesse la "veste" della decisione sul contenuto e l'appropriatezza della decisione stessa. La mia curiosità si trasformò ben presto in un quesito che vorrei qui esprimere, parafrasandole, con le parole di Gadamer: «Al di là di ciò che intendiamo fare, cos'è che accade quando applichiamo una norma?». Possiamo affermare che ciò che avviene nel processo è – al fondo – la costruzione di un sillogismo che trova epifania nella motivazione? Ho detto: «Avviene nel processo», ma credo sia più esatto dire: «cosa avviene nella nostra attività», omettendo, in prima approssimazione, di decidere se detta attività sia qualificabile come "processo" o come "giudizio". Parlare di iudicium o di processus non vuol dire – come ben evidenziò N. Picardi – sollevare una mera questione terminologica, ma evocare un rilevante spartiacque culturale: quello, per la precisione, in cui il iudicium – a seguito dei mutamenti culturali che caratterizzano il XV e XVI secolo – si mutò in processus, con cambiamento di sostanza e non solo di nome. Nel contesto culturale proprio del iudicium, prende corpo la prudentia iuris (che in tempi, anche recenti, dava il nome al corso di studi universitari detto "giurisprudenza"), intesa come capacità di ricondurre l'unicità irriducibile dell'individuale (la c.d. singolarità del caso) all'appartenenza ad una generalità (quella propria della norma). Una capacità – quella della prudentia (appellata dai greci phronesis) – che peraltro non dimentica mai il dire di Aristotele: «È equo provare indulgenza per le debolezze umane, guardare non alla legge, ma al legislatore e cioè non alla lettera della legge, ma al proposito del legislatore; e considerare non il fatto in se stesso, ma l'intenzione; non la parte ma il tutto; non com'è ora un uomo, ma come è stato sempre o nella maggioranza dei casi. È equo ricordare più il bene che il male ricevuto e più il bene ricevuto che quello fatto». (RACHELI, Stefano. *Meditazioni in tema di Motivazione. Cultura e diritti: per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, Anno 1, n.º 1, gennaio-marzo 2012, Pisa university press . Pp.57-63. P. 57-58*)

particularmente quando este tipo de lógica se aplique às ciências sociais, estará fadada ao insucesso, sempre que as situações sociais sofram modificações profundas, como sucedeu entre os padrões culturais do Renascimento e o nosso ambiente cultural pós-industrial.⁸⁸¹

O dever de fundamentação não é algo estritamente voltada ao Judiciário, é um dever de todos os órgãos Estatais e encontra-se na norma do inciso IX do artigo 93 da CF, sendo um dever fundamental, reconhecido constitucionalmente. Nesse sentido, a fundamentação institui-se como garantia constitucional do processo (e não a motivação, conforme tradicionalmente se veicula nos textos doutrinários).

Importante frisar que grande parte de autores acaba tratando motivação e fundamentação como sinônimos, sendo que são como mundos diametralmente opostos^{882,883}

No tocante à motivação da decisão, esta respeita, em seu âmago, os elementos formadores da *causa petendi*, apresentada como objeto do processo e, com isso, deve respeitar a qualificação jurídica nela oportunizada. Quando da operação do princípio do *iura novit curia* deve operar a fundamentação da decisão tendo como base, em sua função e estrutura, a responsabilidade social do julgador, já que a função jurisdicional é julgar⁸⁸⁴, por estar o Estado-

⁸⁸¹SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.203.

⁸⁸²È solo nel XVII secolo che la motivazione delle sentenze diventa comune, en el XIX secolo un principio costituzionale. Si trata de un tentativo espeziale ai nostri occhi contenporanei, per rendere meno arcano il risultato del mecanismo giudiziario. Spesso la motivazione ha como principales scopo quello di ottenere il consenso della comunità con riguardo ad una decisione che altrimenti sarebbe inesplicabile. (ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Il lato oscuro della legge: diritto e supertizione. **Rivista di diritto civile**, Vol. 59, N°. 2, 2013. Pp. 309-329. P. 318)

⁸⁸³ Fijándome en las modas que cunden entre las gentes del derecho, destacaría tres propuestas principales que pugnan por atraer nuestra atención. Contaríamos, para empezar sin mucha gravedad, con tres siluetas del término motivación: como *descubrimiento*, como *encubrimiento* y como *justificación*. De conformidad con la primera, la motivación consistiría en desvelar el itinerario mental recorrido por el juez conducente a su decisión, según el precepto clásico de que tal actividad psicológica *non in mente retentur sed in verbis exositame*, o sea, *las sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento no puede ser meramente interno, sino ha de expresarse en la sentencia*. De acuerdo con la segunda versión, radicalmente contrapuesta a la primera y alentada en particular por el realismo americano, habría una fractura entre el *itinerario psicológico* recorrido por el juez para llegar a la decisión y las *razones* que, después, figuran en la motivación de la sentencia. Es una tesis que, para mayor claridad, cabe descomponer en este par de asertos: a) las razones que se enuncian en la motivación no reflejan los motivos reales que han estimulado al juez optar por esta o aquella decisión; b) los renglones motivatorios que contiene la sentencia no sólo no proporcionan pistas útiles para conocer los motivos reales de la decisión, sino que – encima – los disimulan. Contamos, en tercer lugar, con una propuesta que toma buena nota de la distinción – forjada por la postura precedente – entre la *decisión* (con la espesa y oscura salsa de motivaciones variadas en las que se ha cocida) y las razones con las que aquella se cubre para adquirir una apariencia decorosa. Sin embargo, ahora se trata de autonomizar ambos procesos (el decisorio y el justificatorio) apuntan a objetivos diferentes (si bien no desconectados). El primero está vocado decidir cuál de las opciones en presencia debe ser la preferida. El segundo tiene por finalidad aportar razones convincentes a favor de la decisión elegida. Por tanto, estas razones no tienen por que *describir* el *proceso* decisorio; lo suyo consiste en *justificar* el *resultado* de susodicho proceso decisorio. (SALAVERRIA, Juan Igartua. **La Motivación de las Sentencias, Imperativa Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. P.61-62)

⁸⁸⁴En un litigio dirimido en un juzgado, un juez está obligado por el Derecho a realizar esencialmente tres actividades: una actividad procesal, una actividad decisoria y una actividad justificatoria. La actividad decisoria consiste en dictar una decisión que resuelva el litigio que ha llegado al juzgado. Es la actividad esencial del juez en un litigio. Pues la obligación fundamental de un juez es juzgar; y juzgar consiste precisamente en dictar una

Juiz investido de *auctoritas*. A *auctoritas* vincula-se a um operativo desvelamento do fenómeno conflitológico de interesses acostado a função processual incidente da administração da jurisdição.

A função jurisdicional se dá pelo ato de decisão de um litígio e não deve essa função ser confundida com a garantia da função jurisdicional: a motivação. A motivação é caracterizada pela realização do silogismo - acoplamento do suporte fático a norma, sendo tido como um método intelectual sintomático não voltada a função jurisdicional, mas tida ela como uma garantia da função jurisdicional com mero efeito declaratório e apregoado a legalidade excessiva⁸⁸⁵ ⁸⁸⁶.

decisión que resuelva un litigio. Esa decisión, según muchos ordenamientos jurídicos actuales, entre ellos el español, ha de ir acompañada de una motivación. De ahí que otras de las actividades que un juez realiza y está obligado por el Derecho a realizar en un litigio es una actividad justificatoria, justificatoria de la decisión que ha dictado para resolver el litigio, justificatoria de su actividad decisoria. Aunque, previamente a la actividad decisoria y a la actividad justificatoria, el juez ha de realizar una actividad procesal, integrada por diferentes actos procesales, que varían según cuál sea el tipo de proceso y el ordenamiento jurídico de que se trate. La actividad procesal del juez es estudiada por la dogmática-jurídica procesal y su análisis no es relevante para los temas de los que me voy a ocupar. Me referiré solo a la actividad decisoria y a la actividad justificatoria del juez. (MARÍN, Rafael Hernández. El Control de la Actividad Judicial y las Teorías Jurídicas Actuales. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2017, n.º 40. Pp. 123-146. P. 124-125)

⁸⁸⁵La *auctoritas* del tribunal que dicta la sentencia es, por tanto, relevante a la hora de interpretar las decisiones judiciales también en países hispanoparlantes. Desde un punto de vista estructural, todas las sentencias son igualmente importantes, pero la de los tribunales superiores gozan de mayor prestigio. (...) A la hora de ejecutar la decisión, lo relevante es el fallo, pero su interpretación dependen de los fundamentos de derecho y, más concretamente, de la ratio decidendi. Es, de hecho, la ratio decidendi lo que viene a componer la doctrina legal. Otros razonamientos no decisivos para el fallo que se ha pronunciado se conocen como obiter dicta y no han ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar el fallo de la decisión judicial. La motivación judicial es, pues, un elemento clave. (GÓMEZ, Katia; PIÑEDO, Laura Carvalho. **Comparative Law for Spanish-English Speaking Lawyers**. Uk: Edward Elgar, 2016. P. 208-209)

⁸⁸⁶Nelle decisioni di tali individui è determinante, tra l'altro, la «definizione della situazione», ovvero il modo in cui la situazione decisionale, che deve comprendere in sé anche le norme giuridiche rilevanti, viene percepita. L'individuazione delle norme relative alla situazione decisionale così come la loro applicazione devono quindi svolgere una funzione causale: un comportamento portatore di senso si evidenzia infatti quando le motivazioni si trasformano in cause, quando in altri termini il manifestarsi della motivazione assume una valenza causale. Il manifestarsi delle motivazioni è dopo tutto, come noto, una situazione molto complessa, con la quale gli psicologi e gli scienziati sociali si confrontano con alterno successo. Accanto ai fattori cognitivi intervengono qui elementi ulteriori, come ad esempio gli interessi degli attori. Sotto questo profilo assume naturalmente rilievo anche l'interesse per una decisione adeguata, nella convinzione che ciò abbia carattere normativo, interesse che dei resto può essere del tutto compatibile con quello proprio di chi agisce. In tal caso l'attore si comporta conformemente alla norma non solo in virtù della minaccia di sanzione connessa alla violazione della norma stessa. Chi intende fornire una spiegazione di tali decisioni deve quindi avere familiarità col diritto valido, poiché, ad esempio, gli può essere richiesto di ricostruire la situazione decisionale di un giudice. Il risultato di una tale operazione è una spiegazione comprendente, possibile anche in campo naturalistico, ovvero una spiegazione causale, dietro cui si situano la conformità alla legge tanto della formazione della volontà che dell'azione di chi decide, indagabili a loro volta principalmente sui piano psicologico. Ci si deve tuttavia spesso accontentare di un abbozzo di tale spiegazione, nel quale l'interpretazione della situazione decisionale fornita dallo scienziato in base al relativo sistema di norme rilevanti prende il posto della rappresentazione delle interazioni causali in base alla schema esplicativo consueto. Appare chiaro che l'orientarsi dell'attore in rapporto alle norme non implica che egli agirà conformemente ad esse. Anche presso gli organi giudiziari potrebbero intervenire dei motivi tali da spingere alla violazione del diritto valido. (ALBERT, Hans. Scienza Giuridica ed Ermeneutica: il Diritto come Fatto Sociale e il Compito della Giurisprudenza. **Ars Interpretandi**, 2007, n.º1.P.236-237)

E, então, se compreende facilmente como neste sistema o momento judiciário, o segundo momento seja muito simples. O juiz, ao qual se apresenta o fato, não deve fazer outra coisa que classifica-lo juridicamente, isto é, nele reconhecer os caracteres típicos de um daqueles modelos que estão previstos no arquivo: encontrada a ficha, não deve fazer outra coisa que ler, bela e prontamente naquela ficha, a solução apropriada. Este é o famoso silogismo judicial. A lei é um julgamento hipotético de caráter geral que vincula um evento possível a um efeito jurídico: se se verifica um caso do tipo a, produz-se o efeito jurídico v. aqui, diz o juiz, se verifica em concreto um caso que tem em concreto, o efeito jurídico b. Todo o trabalho do juiz se reduz, portanto a encontrar a coincidência entre um caso concreto e um caso abstratamente hipotético da norma: isto é, segundo a conhecida terminologia escolástica, a coincidência entre a *fattispécie* real e a *fattispécie* legal. Veja-se, então, como, nesta configuração, todo o trabalho do juiz é puro e tranquilo. O juiz não tem contato direto com a política: entre ele e a política, há, no meio, uma muralha sem janelas de lei. Todas as escórias da política, tudo aquilo que a política tem de imundo ou delicado, não chega Às mãos do juiz: ele encontra sobre sua cadeira estas pequenas jóias da lógica, que são as formuladas pelas leis, polidas e lustradas, e não sabe quanta lama se tece que remover para encontrar este metal e quanto fogo foi preciso para fundi-lo na caldeira.^{887, 888, 889}

A função jurisdicional se cumpre especificamente através do processo, por meio da dinamicidade processual, onde as partes exercitam os poderes jurídicos do juiz e das partes, onde se produzirá a decisão judicial que porá fim à controvérsia.⁸⁹⁰ A partir do debate processual, a fundamentação da decisão causa ruptura no tocante ao aspecto do princípio da

⁸⁸⁷CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 44.

⁸⁸⁸Essa brasura árida do cenário político, não muito longe daquele formado com a Revolução Gloriosa ou com a Revolução Francesa, a política continua sendo a política que não tem olhos para com a sociedade e para com seus aspectos adaptativos existenciais, revela a democracia representativa o descaso e o centro de erudição profana em uma arquitetura vertical da ideologia de Poder central, Gumbrecht faz estudo profundo daquele cenário produzido pelo Legislativo. (GUMBRECHT, Hans Ulrich. **As funções da Retórica Parlamentes na Revolução Francesa**. Estudos Preliminares para uma pragmática histórica do texto. 1ª ed.. Belo Horizonte: Editora Ufmg, 2003)

⁸⁸⁹Aun cuando fuese así, aun cuando la finalidad del proceso fuese solamente la de traducir las leyes abstractas en legalidad concreta, es cierto que esta finalidad no podría dejar de proyectarse sobre todos nuestros estudios. Todos los problemas más delicados y más vivos referentes ala formación cultural de los magistrados y a las garantías de su inde-pendencia, y también los concernientes al choque entre la iniciativa delas partes en la búsqueda del hecho y los poderes del juez en el cono-cimiento del derecho (iura novit curia), se reconducen a esta función de viva vox legis que el juez tiene en el Estado moderno; y no puede, porconsiguiente, ser extraña al estudio del proceso la investigación a fon-do de las relaciones que tienen lugar entre el juez y el legislador, entrela sentencia como lex specialis y la ley como sentencia hipotética. El sistema jurídico de los Estados modernos, en los que el derecho naceen dos momentos netamente separados, primero en abstracto comoley y después en concreto como sentencia aplicadora de aquélla, pa-rece hecho para garantizar de manera insuperable no solo la certezasino al mismo tiempo la imparcialidad del derecho. Garantía de certeza, porque de la ley abstracta que es un anuncio preventivo y genérico de lo que a través del juez vendrá a ser el derecho concreto del casosingular, el ciudadano puede en cualquier momento hacerse anticipa-damente una idea bastante precisa de sus deberes y de sus derechos;pero, además, esta neta separación entre el momento legislativo y elmomento jurisdiccional se presenta como garantía de imparcialidade ,porque el legislador cuando forma la ley obedece a criterios políticos deorden general, sin poder prever cuáles serán en concreto las personasafectadas o dañadas por la aplicación de esta ley, y el juez, que es elúnico que estará en situación, en un momento posterior, de ver frentea frente a estas personas, no puede hacer otra cosa actualmente que aplicar a las mismas la ley tal como es, sin poderla modificar por consideraciones personales de simpatía o de hospitalidad.Esta ceguera de la justicia, que en ciertas representaciones simbóli-cas aparece con la venda sobre los ojos para que no pueda ver cara cara a los justiciables, se mani□esta como garantía suprema de im-parcialidad; y de ella es expresión aquella exigencia, tantas veces re-petida en el estado de derecho, de la neta separación entre la políticay la justicia. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Justicia**. Peru: Pacifico Editores, 2014. P. 19-20)

⁸⁹⁰EISNER, Isidoro. **La Inmediación en el Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1963. P. 10-11

congruência e também da motivação⁸⁹¹, que “*da una parte, la motivazione della decisione – rappresentazione pratica della responsabilità del giudice – è oggetto di dibattito e di modifica grazie alla procedure disponibili. D’altra parte, come per qualsiasi organo o agente dello Stato, il giudice è responsabile degli atti di quest’ultimo.*”⁸⁹²

Não se trata de considerar a fundamentação, calcada no objeto do debate processual, como uma espécie de *congruência a partir do objeto do debate processual*⁸⁹³, pois a ideia aqui exposta vai no sentido de que o direito pode ser criado a partir do processo, não havendo atrelação do juiz ao objeto do debate processual como um aspecto formal vinculatório, mas se torna o objeto do debate processual um elemento vinculatório para fundamentar a interpretação da norma e a criação do texto como forma de expor onde se quer chegar.

⁸⁹¹El principio de obligatoriedad de la motivación de las decisiones jurisdiccionales se inserta en el sistema de garantías que las constituciones democráticas crean para tutelar las situaciones jurídicas de los individuos ante el poder estatal y, en particular, ante las manifestaciones del mismo en el ámbito de la jurisdicción. En este nivel de generalidad, se trata de una constatación obvia que, en cuanto tal, no requiere de demostraciones específicas; además, el panorama histórico y comparado que se ha delineado anteriormente nos aporta elementos que confirman esta interpretación. [...] El problema, entonces, solo radica en identificar el significado del principio constitucional de obligatoriedad de la motivación en el contexto de los principios de garantía establecidos para la función jurisdiccional y en congruencia con su alcance político general. (TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. P.349-350)

⁸⁹²OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P. 712.

⁸⁹³Vide: GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000.

A fundamentação das decisões ao superar a *ratio decidendi*⁸⁹⁴ e chegar a *obiter dicta* (ou *obiter dictum*⁸⁹⁵)^{896,897} acaba sendo o respaldo para o processo aderir uma grande envergadura política, centrando a politização da vida e retirando da motivação o foco da decisão judicial, pois é a motivação o ápice da política constituída com a artificialidade da democracia representativa, responsável por retirar a política da contextualidade da coexistência da intersubjetividade. Assim, a democracia participativa tem o processo como possibilitados da politização da vida, o qual funda pelo fenômeno conflitual gênese do direito.

⁸⁹⁴La ratio decidendi es la norma adscrita a la subregla que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos. La obiter dicta, la define como una parte de la sentencia, que no tiene poder vinculante, sino una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del tribunal. (VÁSQUEZ, Rodolfo Pérez. La jurisprudencia vinculante como norma jurídica. **Justicia Juris**, Vol 7, Abril-Septiembre 2007, Pp. 9-14. P. 13)

⁸⁹⁵El obiter dictum o el decir de paso es de uso frecuente en la práctica judicial, sobre todo por los Tribunales superiores al dictar sentencias. ¿Cómo analizar los obiter dictums? ¿Son todos similares? ¿Sirven para algo? ¿Qué persiguen? Muchas son las perspectivas desde la cuales los obiter dictums pueden ser analizados. Una posible se relaciona con el modo como los jueces conciben los actos jurisdiccionales, desde aquellos que emplean sentencias minimalistas, austeras, con escaso apego a las digresiones o los dichos de paso, hasta la de otros que gustan de las sentencias “maximalistas” plenas de digresiones, opiniones y citas. También se los puede explorar pensando en la ideología que se encuentra tras estas digresiones, y a las consecuencias que se siguen de ella. La escritura de una sentencia implica en estos sentidos tanto cuestiones gestionarias (de administración de tiempo y recursos en su confección) hasta cuestiones éticas y morales. La sentencia, como los casos en que se dictan, se comportan como fuentes valiosas de conocimiento no sólo jurídico, sino histórico, sociológico o etnográfico, ético o político. Son vestigios, restos, que hablan no sólo de una sociedad, de una cultura o de una historia, sino también de personas e ideas. Modos de pensar y comportarse. De modo que al analizar obiter todas estas perspectivas pueden ser consideradas. En este trabajo no abordaremos todas estas jugosas temáticas. En cambio nos detendremos en especial en identificar los propósitos con los que se incluyen obiter dictums y sus consecuencias, en especial las que podríamos denominar argumentales. (DOMENECH, Ernesto E. Dicho sea de paso. Obiter dicta. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**, U.n.l.p, 2014. Pp.127-147. P. 130-131)

⁸⁹⁶Ante una práctica que se caracteriza por motivaciones excesivas en el plano retórico e incompletas en el plano racional, la adecuación al modelo ideal de la motivación, que resulta también de la función jurídico política que está destinada a desempeñar, implica una inversión de tendencia bajo todos los aspectos y no un simple y puro *self-restraint* de juez en el nivel estilístico. Por un lado, de hecho, es necesario satisfacer la exigencia de plenitud de la justificación según los esquemas y los parámetros que se han venido indicando, con particular atención a la controlabilidad de la argumentación justificativa expresa; por el otro lado, las exigencias de claridad y de síntesis pueden también satisfacer, reduciendo al mínimo los elementos superfluos y las argumentaciones no necesarias para la finalidad justificativa de la motivación. No debe olvidarse que el “valor” de los *obiter dicta* disminuye cuando aumenta la plenitud y la exposición de la *ratio decidendi*, y que una justificación racional ordenada y completa es el principal factor de claridad y de síntesis de la motivación misma. Todo esto presupone, además, en la jurisprudencia, una sensibilidad más refinada hacia los aspectos racionales y garantistas de la motivación, cuya escasa difusión explica la insistencia en el estilo judicial *quo utimur*, y constituye un serio obstáculo y una evolución efectiva en la manera de concebir y de redactar las motivaciones. (TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. P. 383)

⁸⁹⁷And, in fact, it can be maintained that this same ruling is an example of this very doctrine, for the Constitutional Court applied the same criteria which it had previously held, arguably as dicta, in other rulings. Moreover, the interpretative style of all Spanish courts allows one to add that both the ratio decidendi and the obiter dicta formulate criteria (principles or rules, according to their variable nature and function) that are either paraphrases of constitutional or statutory rules or developments made by the court of these legislative rules. Although these criteria are not usually taken as canonical formulations by other courts reasons behind them (see question, but, frequently, simply cited or quoted if considered relevant to the actual case. (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S., GOODHART, Arthur L. *Interpreting Precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016)

Isso denota a reconfiguração do modelo de Estado: o *imperium* do Judiciário que traz para si o *iurisdictio*, vem a ser um horizonte de possibilidades conquistado junto ao Estado Ativo-Responsivo. Manifesta a dupla fusão de poderes: é regulado pela *potestas* em uma governança processual e é essa governança dimensionada na *auctoritas*, pois a função jurisdicional acaba por centrar sua decisão na dinâmica processual⁸⁹⁸.

As novas construções teóricas de Estado apresentam um ambiente a proporcionar funções ativas responsiva de seus órgãos, criando o ambiente de um Judiciário ativo-responsivo, sendo que uma das consequências fundamentais desta nova concepção assenta na necessidade de um procedimento célere, refletida na mutação do tradicional papel do juiz de terceiro imparcial e distante à um juiz interveniente dinamicamente ativo-responsivo na gestão do conflito.⁸⁹⁹

A fundamentação da decisão⁹⁰⁰ é a base reflexiva de toda *auctoritas* investida ao Poder Judiciário, o qual, em suas decisões, deve, junto a sua função jurisdicional⁹⁰¹, realizar a compreensão hermenêutica, com o fito de superar a Legalidade e a Legalidade Constitucional, tornando-se o Poder Judiciário em sua dupla legitimidade democrática processual, centro de reconhecimento políticos dos cidadãos ativos.

Com o modelo de Estado Ativo-Responsivo o Judiciário passou a responder ativa e responsivamente as questões trazidas como fenômenos conflituais, e com isso torna o Processo

⁸⁹⁸La idea de jurisdicción la presentaron los juristas clásicos del derecho romano y la involucraron con el imperio, y una frase de Ulpiano ha venido a dar al traste con la noción científica de la jurisdicción. Ulpiano dijo: "la jurisdicción sin el imperio no es verdadera"; y como se repite esta frase sin darle todo el alcance que tuvo en los tempos de Ulpiano, justo es asentar que lo único quién dijo fue que un juez que tuviera jurisdicción y no se proporcionara manera de efectuarla, todo mundo se podía titular de él. El imperio netamente es administrativo y la jurisdicción tiene otra esencia, porque si fuéramos a repetir que no hay jurisdicción sin imperio, mandaríamos al traste a la Corte de Casación o a la Corre de Justicia que nunca ejecutan actos, sentencias, ni en amparo directo ni en súplica. [...] La evolución del concepto considera anexa la jurisdicción al imperio, entendiendo por imperio la facultad de ejecutar o de hacer ejecutar **una** determinación, y que por virtud de órganos judiciales sin facultades de ejecución, se fue separando la noción de jurisdicción del imperio; pero esto se ha ido haciendo paulatinamente. (ROJAS, Gabriel García. **Derecho Procesal Civil**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008. P.119-120)

⁸⁹⁹Afirma-se, pois, um movimento europeu que reconduz o processo a um objetivo central: a celeridade cuja efetividade implica uma intervenção transversal em áreas disversas não só procedimentais mas também atinentes com a administração judiciária. Ma visão gestonaria do processo, com as suas raízes na comon law mas que desponta um pouco por toda a Europa, assenta na compreensão segundo a qual a eficiência resulta, não apenas das mudanças das regras processuais, mas também da continuada monitorização do desempenho funcional dos tribunais e dos intervenientes no processo, acreditando que os fatores de morosidade relacionam-se com mecanismos de controle, liderança e responsabilização judicial, ou seja, capacidade de gestão. (MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 123)

⁹⁰⁰Para aprofundamento da evolução da fundamentação judicial ver: SCAGLIOTTI, Daniela Accatino. La Fundamentación de las Sentencias: ¿un rasgo distinto de la Judicatura Moderna? **Revista de Derecho de la Universisas Austral de Chile**, Vol. XV, n.º2, Valdivia, diciembre 2003. Pp. 9-35)

⁹⁰¹Por *función* se entiende el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. P. 34)

alvorecer junto ao desvelamento do objeto processual criando a atmosfera de um debate processual, este como base para o jogo dialético dialógico possibilitador de uma relação de igualdade das partes envolvidas ao jogo dialético-dialogal processual.

A fundamentação judicial apresenta-se como abertura da motivação judicial, pois o fenômeno conflitológico de interesses pode servir de base para a criação do direito, fruto do caráter interpretativo dos textos legais e dos contextos fenomenológicos postos a compreensão hermenêutica⁹⁰². A fundamentação nasce do fenômeno que explicitando um lado, estaticamente exposto ao objeto do processo (formal ou substancial) que é este dinamizado junto ao objeto do debate processual, operando assim a dinamicidade processual para que ao final da decisão venha a gerar o efeito da legitimação democrática processual, e modo que a decisão não se vincule a atos voluntários do julgados (filosofia da consciência).

Se apregoada a decisão na motivação ela é o que representa a figura do juiz como mera boca da lei – apregoado a rígida congruência -, porém, no tocante à fundamentação, esta via perpassa o anacronismo estático da lei, e justifica-se em um jogo dialético-dialogal desvelador do fenômeno conflitual – manifesta-se assim pela incongruência e pela flexibilização da congruência e tem como base o *iura novit curia*. O Processo é a gênese do direito, e é com as decisões baseadas na fundamentação que vem a operar o *iura novit curia*; a decisão perpassa os limites legais e é tida como possibilidade ao direito, possibilidade essa que tem um debate acerca do fenômeno conflitual aderido de uma colaboração reativa.

O próprio sistema rígido de legalidade acaba acatando para algumas teorias a tentativa de saída do direito como lei, ultrapassando essa estrita legalidade com efeitos da discricionariedade ou a arbitrariedade jurisdicional. Essa fuga de lei no tocante à motivação surge como uma garantia da legalidade da norma Jurisdicional, uma legalidade só pode ser adquirida pela criação da norma individual.

Sabe-se, que a teoria normativa estabelece a possibilidade de dois níveis de normatividade, a primeira são as normas gerais e a segunda as normas individuais, pois com as interpretações das normas gerais podem surgir no contexto do julgamento uma norma individual, dando assim origem à criação de um padrão geral. O ato jurisdicional que encerra a disputa contém uma norma individual, uma norma que se destina a reger o comportamento das partes e, muitas vezes, o juiz pode criar um padrão geral, que supere o padrão individual, e terá a força da lei. A ordem pública que hoje afeta o processo civil não é mais entendida como a

⁹⁰²CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 97-98.

regulamentação dos interesses privados, mas como um serviço público por direito próprio.⁹⁰³ Veja-se, que a motivação pode ser sim desfigurada pela interpretação.

A fundamentação das decisões, ao ter como base a responsabilidade sociopolítica do juiz, esta correlacionada com a possibilidade de abertura interpretativa pela compreensão, com fundamento na ressignificação do princípio dispositivo – superação do princípio inquisitivo – permitindo a construção da decisão a partir do princípio contraditório. Essa centralidade da dinâmica processual evidencia a busca pela superação do dogmatismo, o qual em seu estratagema ideológico resguarda os anseios da representação democrática, dimensionando a política a sua autoridade. Oposto a isso é o Processo que legitima a democracia participativa e projeta a politicidade da vida aos cidadãos. Portanto, a suposição normal é que mudanças na sociedade de algum modo produzem mudanças equivalentes na lei.⁹⁰⁴

A importância da fundamentação consubstancia-se na obrigação do juiz justificar suas decisões com base na dinamicidade processual, que em um primeiro momento visa garantir aos cidadãos ativos a governança processual em colaboração reativa, resguardando tais garantias

⁹⁰³La légalité de la motivation apparaît alors comme une garantie de la légalité de la norme juridictionnelle, légalité qui, parfois, ne pourra être acquise que par la création de la norme jurisprudentielle. On sait que deux niveaux de normativité peuvent se dégager dans le cadre du jugement, ce dernier étant constitutif d'une norme individuelle et pouvant donner naissance à la création d'une norme à portée générale. Expliquons-nous. L'acte juridictionnel qui met fin au litige contient une norme individuelle, une norme qui a vocation à régir le comportement des parties au litige et uniquement le comportement de ces dernières. Mais parfois dans le cadre du contrôle de la qualification juridique – autrement dit dans le cadre du contrôle de la motivation de la norme juridictionnelle –, le juge pourra être amené à créer une norme à portée non plus individuelle mais générale, la norme jurisprudentielle, norme qui aura alors force de loi. La prise en compte des volontés individuelles ne doit donc se faire que dans le cadre de la légalité, exigence de légalité qui justifie donc que le juge doive, parfois, d'office relever les moyens de pur droit. Et peut-être peut-on alors penser, puisque l'expression «moyen de pur droit» n'existe plus, que le moyen d'ordre public retrouve une place dans le paysage juridique. Ce moyen que l'on croit disparu est peut-être amené à jouer un nouveau rôle sur la scène procédurale. [...] Ses manifestations dans le contentieux civil font ainsi penser qu'il existe certainement une notion unitaire de moyen d'ordre public transcendant les différences de contentieux. N'oublions pas que le moyen de pur droit n'est qu'un moyen d'ordre public, et que ce qu'a consacré la Cour de cassation est bien l'obligation de relever les moyens d'ordre public. Mais alors, de quel moyen d'ordre public parle-t-on? Que recouvre ce «noyau irréductible, le bastion le plus important, la dernière ligne de défense insurmontable pour la réalisation de l'ordre juridique»? Difficile à définir, cette « notion aux cent visages » est avant tout fonctionnelle, elle se laisse appréhender par ses effets. On a pu écrire que l'ordre public qui affecte aujourd'hui le procès civil n'est plus «l'ordre public politique» mais bien «l'ordre public économique». La justice est aujourd'hui appréhendée non plus comme le règlement d'intérêts privés, mais comme un service public à part entière. Ainsi qu'il a justement été noté, « la fonction directive de l'ordre public étatique a nettement diminué, en même temps sa fonction protectrice s'est développée ». Cet ordre public perturbateur est constitué non seulement par l'ordre public procédural, mais également par l'ordre public substantiel; ou, pour reprendre une distinction proposée en doctrine, par «l'ordre public processuel dépendant du fond du droit» et «l'ordre public purement processuel». Pour notre part nous pensons que le moyen d'ordre public est le moyen qui tend à préserver la légalité dans la mesure où la contrariété à l'ordre public n'est autre que la contrariété à la loi. [...] Le juge est donc toujours tenu de statuer conformément au droit applicable, mais il statuera conformément au droit choisi par les parties, si l'on préfère il statuera conformément à la motivation proposée par les parties et ce dans le respect de la légalité. En outre, quand il requalifiera parce que la légalité est concernée il devra le faire dans le respect des prétentions des parties, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P. 182-184)

⁹⁰⁴FITZPATRICK, Peter. **A Mitologia na Lei Moderna**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. P. 191.

com os princípios do dispositivo e do contraditório; já em um segundo momento essa governança permeia os objetos (objeto do processo e o objeto do debate processual), criando assim um amplo jogo dialético-dialogal entre as partes e assegurando o debate. O processo inicia-se, desse modo, estaticamente, com o objeto do processo, e se dinamiza com o objeto do debate processual, dinamicidade esta que transforma muitas das questões trazidas, operando a mutabilidade das pretensões e projetando na flexibilização da congruência e na incongruência, sendo que ambas são legitimadas por essa dinamicidade processual, e ao fim essas transformações operam-se via compreensão hermenêutica.

Denota-se assim elementos que ampliam a interpretação do fenômeno na superação do positivismo e da dogmática, dado que o direito está em todas as relações intersubjetivas humanas e antecede o direito positivo. A fundamentação, introjetada na construção da decisão, configura a criação normativa individual a partir do conflito e, acima de tudo, legitima (democraticamente) o procedimento eis que fruto da responsabilidade social do juiz para com a sociedade.

O direito objetivo deve ser enriquecido e não promovido como uma alteridade na comparação com os valores em que o intérprete se move, pois o *ius* não é simplesmente "texto", mas, acima de tudo "contexto", e também animado por um objetivo prático, como o de garantir a regulação das relações das afiliadas como mais adequadas às expectativas de adaptação existencial.⁹⁰⁵

⁹⁰⁵Se ciò non fosse, infatti, nessun portato sostanziale si potrebbe accreditare all'obbligo del giudice di motivare le proprie decisioni (art. 111, comma 6, Cost.), che è, invece, della massima importanza, essendo manifestamente finalizzato ad assicurare il controllo di legalità (costituzionale) sull'attività giurisprudenziale. Mentre è integralmente rispettato qualora si ritenga, come la prospettiva qui seguita suggerisce, che alla luce del sostanziale rispetto dei principi costituzionali deve essere vagliata la plausibilità, la ragionevolezza e, in ultimo, la persuasività delle argomentazioni fornite dal giudice per giustificare la soluzione del caso concreto. Argomentazioni che, per consentire un controllo effettivo, dovrebbero essere quanto più complete e trasparenti possibile. Soprattutto volte ad esplicitare anziché a dissimulare, dietro il paludamento di artifici retorici logico-deduttivi, le scelte di valore sottese alla ricostruzione delle premesse di fatto e di diritto poste a base del giudizio. Né una tale indicazione appare in contrasto con quanto affermato circa la necessaria valutatività dell'attività interpretativa, poiché un conto è dire che il testo della disposizione normativa, per tradursi nel regolamento del caso concreto, richiede una serie di decisioni discrezionali cui l'interprete perviene con l'inevitabile condizionamento del proprio bagaglio valoriale e culturale, altro è affermare che la validità della norma sia data dalla sua conformità a valori (etici, religiosi, politici) estranei all'ordinamento positivo. Nel primo caso, infatti, i criteri valutativi sono necessari alla determinazione del significato dell'enunciato del dato normativo, nell'altro caso, invece, il criterio valutativo viene operato per decidere se la norma, nel contenuto attribuitogli a seguito dell'interpretazione, possa essere considerata valida o no. Si è, pertanto, dell'opinione che la pur condivisibile considerazione che il diritto positivo deve arricchirsi e non promuoversi quale alterità nel confronto con i valori in cui si muove l'interprete, in quanto il *ius* non è semplicemente "testo", ma soprattutto "con-testo", ed essendo inoltre animato da una finalità pratica, quale quella di assicurare una regolamentazione dei rapporti dei consociati quanto più adeguata alle aspettative di pacificazione ed ordine sociale, si deve conciliare con il rispetto della funzione ordinante del diritto e, dunque, dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Nella consapevolezza, tuttavia, che con ciò non è affatto superato il problema della discrezionalità interpretativa e, dunque, della (in)certezza del diritto, essendo i principi fondamentali per definizione connotati da un alto grado di generalità, per di più connessa ad un'"eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico)" che lascia ampio margine all'autonomia decisionale dell'interprete. Né

O valor prático da ciência é, portanto, indiscutível, sem que tenhamos de reduzi-la a arte, a esforço para melhor dirigir a ação. Fora da própria aplicação, ressalta a importância prática da investigação científica: reage sobre os espíritos, donde o fato, que não é sem grandes consequências, da sua função educativa. Assim, a ciência mostra a progressiva eliminação da força supérflua, da energia arbitrária, do despotismo (a atividade humana compõe-se de uma porção de procedimentos, que hoje são realizados subconscientemente e outrora resultavam de medidas violentas), a crescente socialização (o que se verifica no próprio período capitalista) e outras leis ou permanências da vida social, que reduzem o liberalismo, o comunismo imediato, e demais doutrinas exageradas ideologias correspondentes a processos reais da existência das sociedades, processos que eles traduzem em sentido absoluto, como se fossem os únicos processos sociais.^{906. 907}

canoni stringenti per guidare il processo ermeneutico delle norme di rango costituzionale sono agevolmente prospettabili. Resta, tuttavia, che i principi costituzionali non affidano la determinazione del contenuto ad un giudizio di valore personale dell'interprete. Non si può, dunque, dubitare che il testo della disposizione costituzionale, per quanto generale sia il suo tenore, contenga un messaggio significativo (connotatum) il cui significato (denotatum) spetta certamente all'interprete definire, ma nei limiti in cui il risultato dell'interpretazione appaia, secondo un giudizio di razionalità argomentativa, coerente con l'oggetto dell'attività interpretativa. Si deve, dunque, considerare non solo possibile ma anche necessario individuare parametri idonei a stabilire se la decisione del caso sia fondata esclusivamente sulle valutazioni personali dell'interprete o trovi invece un adeguato ancoraggio nel testo costituzionale. Contributi in tale senso non sono mancati, ancorché, come sempre accade per le questioni di teoria generale, vi siano opinioni contrapposte. (PROSPERI, Francesco. *Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile. Civilistica*, Rio de Janeiro, a. 5, n.º 2, 2016, Pp.1-43. P. 38-40)

⁹⁰⁶MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 239.

⁹⁰⁷Esta nova concepção de ciência, que inicia, com toda a força o seu caminho "depois da decadência e fim da síntese hegeliana", fundando "a civilização planetária actual", distancia totalmente a figura do investigador da antiga imagem oferecida pelo honro literatus e contemplativo do passado. Promove, com isto, toda uma nova concepção da teoria e da prática, cujas consequências são importantes para o novo sentido da praxis humana de vida e da filosofia. Toda a ciência ou teoria se converte em investigação, isto é, adquire uma importância anónima e distancia-se claramente do mundo da vida. «Transforma-se no grandioso empreendimento de penetração em âmbitos desconhecidos para os quais não é necessário nem um apoio humano, nem um apoio divino», deixando de lado todo o problema da formação humana. Por outras palavras, a tradição das humanidades ou do saber do humano que, desde os antigos, marcou a história da formação do Ocidente, como conhecimento que se integrava na consciência prática de quem agia, formando-a, deixou de fazer parte do saber objectivo. E o próprio homem deixou de perceber como, por esse facto e pelas facilidades de manipulação que foi conseguindo, se foi eliminando a si mesmo. Este foi um verdadeiro acontecimento na história da humanidade, «que conferiu à ciência uma nova importância social e política» e à humanidade todo um novo estatuto. Esta é, de facto, a grande obra da Modernidade crítica: um conceito de ciência, já não contemplativo mas provocador, que tem na sua origem o empreendimento audaz de descrição e análise puramente matemática, quantitativa ou calculadora dos fenómenos, deixando de lado, como não científica, toda uma outra forma mais meditativa, simbólico-hermenêutica ou mesmo lúdico-poética de pensar e habitar o mundo. Esta nova concepção de ciência, puramente técnica ou tecnociência, eclipsou do horizonte da Filosofia, nomeadamente a partir de Kant ou da leitura neokantiana do kantismo, a possibilidade da formação humana, isto é, de uma abertura mais originária à realidade fundamentando, por esse facto, um conceito demasiado estrito de filosofia, aquele «que desde então associamos à palavra filosofia». O seu objecto foi, a partir deste momento, a fundamentação e justificação de «uma nova via, a via metódica do conhecimento. Não podemos esquecer, de facto, que toda a evolução cultural do Ocidente, nomeadamente a partir do processo de industrialização do séc. XIX, caminhou pautada pelo papel soberano da ciência e da técnica e de todo o domínio positivo que elas foram permitindo sobre a natureza e sobre o próprio homem. Neste contexto, não é de estranhar que ainda se conceba, hoje a Filosofia como algo que nada tem a ver com a vida ou como pura relíquia teológica de um passado, há muito ultrapassado. A fundamentação sensualista moderna do conhecimento e do novo conceito de ciência proibiram toda a forma de saber que não parta da experiência positiva. No séc. XIX impõe-se definitivamente a convicção de que tinha chegado a era da ciência positiva, logo de que estava definitivamente superada a problemática filosófica da metafísica. A partir de então tudo o que excedesse o âmbito do tangível e do mecanizável tornava-se suspeito face à necessidade de segurança e ao espírito de eficácia da época. Logo, se a Filosofia conserva ainda algum sentido legítimo depois da nossa modernidade científica, de que

Como manifestado no decorrer deste estudo, é frequente a confusão terminológica, ensejando o errôneo comparativo entre fundamentação e motivação da decisão. Tratando a fundamentação com a devida coerência, importante esclarecer que ela segue os mesmos passos da formação do objeto do processo formal aplicando-se, a ela os elementos que configuram o princípio do dispositivo. Muito embora apresentem linhas tênues (entre si), não podem ser tratadas de forma similar. A fundamentação tem reflexo na construção do *ius* desde a apresentação do objeto processual substancial/formal que, pela aderência interpretativa, deve seguir o objeto do debate processual, momento em que resta ampliado o direito, eis que gerido pelo fenômeno conflitológico de interesses desvelado pela compreensão hermenêutica filosófica, procedimento que só é possível quando do efetivo exercício do Direito Objetivo Processual.

A dinamicidade processual acaba tendo como finalidade a governança das partes, legitimadas em colaboração reativa a norma individual após controle de legalidade tido a administração da justiça. Por outro lado, no contexto, o fato juridicizado detém a finalidade do ofício das partes na obtenção a criação de uma norma proposta pelas próprias partes e legitimada a norma individual junto à função jurisdicional vinculada ao objeto do processo

somos irremediavelmente herdeiros, este reduz-se, de facto, à aceção de pura teoria da ciência. Perdeu-se assim definitivamente o que nos oferecia o antigo conceito de ciência, que vigorou no Ocidente até aos inícios da época moderna: um saber integrador, uma forma mais geral do conhecer, a filosofia, ou *theoria*, isto é, uma forma de saber que se procurava por si mesma, por exigências de vida e não pelo seu aproveitamento prático. Por outras palavras, a ciência como «um todo de orientação no mundo que conduzia à unidade de um fim, a experiência natural do mundo e sua interpretação transmitida pela linguagem», deixou de fazer sentido. Pelo contrário, agora, é a própria teoria que deve legitimar-se diante do fórum de uma *praxis*, cada vez mais técnica ou automatizada. A grande tradição da filosofia prático-política da Antiguidade - com todo o seu horizonte ético-normativo fundamental, retomado com alguma força, mais tarde, pela problemática do humanismo e finalmente pelo horizonte das chamadas ciências do espírito - acaba por desaparecer radicalmente do horizonte científico do filosofar pois difere radicalmente do ideal metódico-técnico, pretensamente neutro e puramente operatório do saber. A ideia de método e o primado absoluto deste sobre as coisas remetem para o esquecimento absoluto todo outro tipo de racionalidade, aquela que não tem tanto a ver com capacidades que se podem aprender, mas antes de mais com a facticidade das crenças, tradições, valorações e decisões que fundam a comunidade da vida humana, na qual toda a racionalidade forma a sua verdadeira textura relacional ou responsável. Por outras palavras, a investigação separa-se do *ethos*, da capacidade de abertura e enraizamento que caracteriza o humano, enquanto ser dotado de distância, isto é, da palavra que se diz ao outro e que por isso mesmo permite sempre compartilhar algo comum. Abre-se, assim ao infinito e o que acontece é que, desenraizada do mundo da vida em que apesar de tudo, o homem continua a ser, a viver e a compreender, a nova ciência ou investigação puramente técnica converte-se hoje numa séria ameaça, que se estende à vida social do homem, isto é, num caminho para avançar, sem qualquer responsabilidade. A ciência chega hoje ao ponto de reivindicar uma fundamentação da vida social em bases puramente racionais, excluindo toda a possibilidade de outras interpretações, *praxis*, culturas e valores que não sejam os da rentabilidade, da eficácia, do progresso e da qualidade material de vida. Por isso, substitui toda a cultura ou formação - "essa coisa tão pouco palpável e mecanizável" cada vez mais estranha ao homem contemporâneo - pela mera aprendizagem rápida de competências e automatismos que permitam a adaptação do existir a uma sociedade cada vez mais administrada. Surge assim o individualismo ético e toda uma *praxis* desorientada. (SILVA, M. L. Portocarrero F. Filosofia, Praxis e Hermenêutica: a perspectiva de H.-G. Gadamer. *Revista Filosófica de Coimbra*, n.º 11, 1997, Pp. 63-84. P. 72-75)

substancial/formal e ao objeto do debate processual, os quais desvelam o fenômeno conflitológico de interesses. Portanto, o ofício do juiz de um fato jurídico é uma função normativa, enquanto o ofício do juiz junto ao ato jurídico é uma função de controle e administração da justiça.⁹⁰⁸

Muito distinta foi a formulação das atividades jurisdicionais das partes no tocante a uma decisão que se limita junto à motivação, pois demarca rigidamente o ofício do juiz e das partes na apresentação do fato juridicizável. Distingue-se pelo ofício do juiz e das partes do ato jurídico, cingindo ambos os ofícios do mesmo modo que cingida a diferença entre questões de fato e questões de direito: às partes resta atribuído as questões fáticas a serem trazidas ao processo; ao juiz, por sua vez, deve corresponder as questões de direito, manifestando o direito pretendido na qualificação jurídica e expondo-a, na sequência, na motivação - a questão de direito é acertada no direito como Lei.

Cada um desses ofícios participa, com efeito, na produção da motivação da decisão judicial, sendo que não pode se confundir função de garantia com a função jurisdicional. A diferença entre questões de fato e de direito, com o sentido clássico de princípio dispositivo, pela função jurisdicional, por derradeiro, mantém a atividade do juiz como mera aplicação da Lei, redimensionando a ciência processual na profusão vários institutos que asseguram o apego ao legalismo e, por fim, vinculado ao dispositivo, se encontra a congruência, sendo que esta reside particularmente na motivação da decisão judicial. Afigura-se a despolitização da vida pela politização do direito pelo Estado-Legislador e a Lei é determinada pela faceta da representação democrática e pelo silêncio dos cidadãos.⁹⁰⁹

⁹⁰⁸La fonction juridictionnelle qui est donc de trancher un litige, ne doit donc pas être confondue avec la garantie de la fonction juridictionnelle : la motivation. La motivation se caractérise par la réalisation du syllogisme, elle n'est qu'une méthode intellectuelle symptomatique non pas de la fonction juridictionnelle mais d'une garantie de la fonction juridictionnelle. En effet, si la motivation est nécessaire à la fonction juridictionnelle, elle n'est pas la fonction juridictionnelle, ce qui justifie donc que désormais, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, les juges doivent prendre en compte les volontés individuelles dans le cadre de la qualification juridique. L'office du juge et des parties du fait juridique a été distingué de l'office du juge et des parties de l'acte juridique. Chacun de ces offices participent à ce que le juge rende la justice, mais ils ne sauraient se confondre. Le principe dispositif ne s'applique pas lorsque les parties apportent au juge un acte juridique. Il en va ainsi dans deux hypothèses: lorsque les parties apportent au juge extraordinaire le jugement rendu par les juges du fond, qui n'est qu'un acte juridique créé par le juge, et lorsque les parties apportent au juge du fond un acte juridique qu'elles ont-elles même créé, que celui-ci porte sur des droits disponibles ou non. Dans ces situations, le juge ne crée pas de norme juridictionnelle, il n'agit pas en vertu de la *jurisdictio* mais en vertu de l'*imperium*. Dans ce cas, la finalité de l'office des parties est de voir entériner une norme juridique après un contrôle de légalité. A l'inverse, dans le cadre du fait juridique, la finalité de l'office des parties est d'obtenir la création d'une norme qu'elles vont proposer. L'office du juge du fait juridique est une fonction normative, alors que l'office du juge de l'acte juridique est une fonction de contrôle de la légalité d'une norme. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Thèse Docteur en Droit. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. P. 219-220)

⁹⁰⁹BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit.

A função jurisdicional construída pelo Estado Reativo e até hoje refletida nas teorias processuais, cuja estrita finalidade é a de pôr fim ao litígio com a resolução do mérito (formado com o objeto do processo e com o objeto do debate processual) ou sem a resolução do mérito, garantida a função em um sentido rígido e *pandectista* dimensionador da atividade jurisdicional no *ius dicere* e aprisionando ao julgamento a subsunção à Lei. Na atualidade, o direito não mais se aprisiona ao mérito como Lei, pois a episteme constitucional ampliou suas possibilidades e acertou essas premissas em um modelo de Estado Ativo-Responsivo, que adquire jurisdicionalmente legitimidade democrática processual com suas decisões junto ao processo.

A sociedade pelo fenômeno conflitológico de interesses tem um alcance muito maior do que os dogmas impostos pelo positivismo jurídico, fazendo operar em uma contradogmática representada na fundamentação jurisdicional pela compreensão hermenêutica como gênese fecunda do direito pelo *ius facere*.⁹¹⁰ A Jurisdição dimensionada ao Processo apresenta funções sociopolíticas importantes e extensas que vão além de resolver disputas e, nesta medida, devem ser consideradas como um benefício público e não privado.⁹¹¹ Possui funções em relação à

⁹¹⁰El ejemplo más primitivo de la distinción entre autoridad y potestad, en nuestra civilización, yace en los remotos orígenes del orden romano. El colegio de los augures que lee los signos de la voluntad de los dioses en el vuelo de las aves y en otros fenómenos naturales, era consultado por los reyes, depositarios del poder político. En este alba de nuestro patrimonio histórico estaba ya presente una conciencia viva de que el poder político debe responder ante algo que estaba detrás de La autoridad sagrada de los augures y el poder político de los reyes se mezclaban en una especie de unidad feliz en este nacimiento de Roma. La militarización gradual y, por tanto, la secularización del poder real en el período etrusco despoja a los reyes de la autoridad augural. La tradición romana, al encontrar su plena justificación gracias a una especie de lógica elaborada en la alquimia del tiempo, marca gradualmente con una aprobación colectiva la distinción entre el que tiene potestad y el que tiene autoridad, entre el que manda y el que autoriza. Alcanzando su apoteosis en el período brillante de la República romana, la autoridad aparecía centrada en el Senado y operaba como un freno efectivo sobre el poder de los magistrados al mismo tiempo que servía como faro que guiaba sus decisiones. La *auctoritas* del Senado controlaba moralmente el *imperium* del poder ejecutivo. El cometido del anterior colegio augural se amplía por la algún tanto más reciente autoridad del Senado. **Los magistrados que preguntaban acerca de lo que debían hacer y el Senado, respondiendo con su sabiduría, formaban una cristalización de la relación permanente y natural que hay entre la voluntad y el intelecto.** (WILHELMESEN, Frederick D. La Filosofía Política de Álvaro D'ors. *Revista de Historia del Derecho Europeo*, n.º 4, 1992, Instituto de Derecho Común, Murcia, Universidad de Murcia, Pp.147-189. FERNÁNDEZ, Ana Isabel Clemente. *La Auctoritas Romana*. Madrid: Depalma, 1970.P.170-171)

⁹¹¹Utilidade da vida de cada um para a sociedade. —Toda a nossa civilização, toda a história da humanidade repousa sobre a aplicação da existência individual aos fins da comunidade. Não ha vida humana que só para si exista; toda a vida existe ao mesmo tempo para o mundo; cada homem, por ínfimo que seja o lugar que ele ocupe, colabora no interesse da civilização da humanidade. O mais modesto obreiro dá o seu contingente para essa tarefa; aquele que não trabalha, mas que fala, concorre também para esta obra, porque conserva vivo o tesouro tradicional da linguagem e auxilia a sua propagação. Eu não posso conceber existência humana tão humilde, tão oca, tão estreita, tão miserável, que não aproveite a uma outra existência. (IHERING. *A Evolução do Direito*. Lisboa: José Bastos Editores, 1963.P. 65)

justiça social, estabilidade econômica e ordem social. O Processo é o meio pelo qual os cidadãos são capazes de defender seus direitos contra outros e contra o Estado.^{912, 913}

Sem o processo, não há produto e só enquanto há processo há produto. A excelência do processo é algo que diz, necessariamente, com a excelência do produto e o produto só adquire entificação enquanto é processo, um querer dirigido para o criar o produto e mantê-lo sendo. Destarte, se o Direito é apenas depois de produzido, o produzir tem caráter integrativo, antes que instrumental e se faz tão substancial quanto o próprio dizer o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de sua produção, que sobre ele influi em termos de resultado. O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito.⁹¹⁴

Ocorre uma profunda reconfiguração do Poder Judiciário pela legitimidade social que dá espaço ao cidadão ativo como construtor do direito pelo processo⁹¹⁵, acertando assim a

⁹¹²But civil justice has important and extensive social functions that go beyond settling disputes between ‘man and man’ and to this extent must be regarded as a public rather than a private benefit. It has functions in relation to social justice, economic stability and social order. The law both reflects and promotes social change. Civil justice is the means by which citizens are able to uphold their substantive civil rights against other citizens. (GENN, Hazel. **Judging Civil Justice**. Cambridge, New York, 2010. P.17)

⁹¹³Allí también puede observarse la instauración del conflicto como producto de una construcción hermenéutica que se da dentro del proceso judicial. De lo que hablamos, entonces, es de una *performatividad* judicial de los conflictos, la que tiene una de sus instancias cruciales en la decisión del juez acerca de la *litis*. Desde un ángulo crítico, ambas circunstancias, parecieran descalificar la capacidad del proceso judicial para “representar” el auténtico conflicto (si tal cosa existiese y, en tal caso, si tuviera relevancia). En suma, denotarían su capacidad epistémica. Más aún, estos datos revelarían que los involucrados originalmente en la disputa judicial renunciaron a aquello que realmente les interesaba, o a su versión del conflicto, para hacerlo justiciable. De forma tal que la versión final de ese conflicto es, en buena medida, producto de un acto lingüístico de instauración de sentido ligado, aunque no totalmente determinado, por el debate procesal. En respuesta a esta mirada crítica, basta reconocer que ésta es una característica general y suficientemente acreditada del derecho. En cuanto discurso público, el derecho exige traducciones y ajustes en los que se disimulan buena parte de las razones privadas que motorizan los conflictos, en pos de que sean las razones públicas las que primen. Los abogados cumplen inicialmente ese rol de traductores. [...] La función *performativa* (tanto de los abogados como de los jueces) queda al desnudo, y se nos presenta como la instauración de un sentido oficial del conflicto, eminentemente libre de la versión, pasión, e interés de los involucrados. [...] De la misma forma, en lugar de ver a la *performatividad* judicial como un acto de “imperialismo oficial” sobre el “auténtico” relato del conflicto (el de sus actores, por ejemplo), tendemos a verla como una forma de tratar a la disputa ante sus estrados. Una forma que se niega a evaluar esa disputa como la mera expresión de caprichosos intereses particulares enfrentados, sobre los cuales es necesario arbitrar. Se los trata, en cambio, como la expresión de la amenaza a un interés común y público, superior al de los litigantes. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013. 329 p. Tesis Doctoral. P. 103-105)

⁹¹⁴PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 24.

⁹¹⁵Il processo assume allora, in questo quadro contestuale, la funzione strumentale dell’*arrière-plan* poiché è in virtù delle cause che la giurisdizione può mettere in atto e dispiegare appieno la sua potenzialità politica. Il processo è in questo senso il luogo ideale in cui l’interpretazione creativa del giurista può brillare in tutta la sua forza inventiva. In apparenza questa creatività si applica solo a quel determinato caso concreto sottoposto al giudizio particolare; in realtà essa – soprattutto quando è una corte di ultima istanza a pronunciarsi – può travalicare quegli angusti confini ed è pienamente legittimata a fissare principi fondamentali di diritto, che impongono una determinata scelta. È nel processo che il magistrato diventa architetto sociale stabilendo l’estensione effettiva dei diritti (o dei doveri) astrattamente previsti nei testi (o enunciati) normativi. Lungi dall’applicare una norma che preesiste al giudizio (cosa che è una delle più abili finzioni create dall’ideologia giuridica), è il giudice che crea la norma. Ed è proprio questo procedimento a conferirgli quel potere d’intervento che non si saprebbe definire in altro modo che ‘politico’. L’idea che il giudice non farebbe che applicare la volontà politica espressa in una norma preesistente al giudizio si rivela dunque falsa – uno «spettro» come ha scritto Michel Troper –. E ciò per almeno

Jurisdição aquisitiva de legitimidade democrática processual pela dinamicidade processual. Repolitiza-se a jurisdição politizando o processo; ou, melhor, a politicidade da vida pelo fenômeno conflitual politiza o Processo, uma vez que as revoluções ocorrem nele.

Isto significa, naturalmente, a reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, admitindo que a atividade jurisdicional é formado por um ato de inteligência sim, no sentido de clarificação do texto legal, mas, igualmente é constituída por um ato criador de direito, portanto, um ato também da vontade. Esta será porventura uma solução indesejável ou satisfatória? Não importa. É assim que as coisas acontecem no domínio da experiência judiciária. Para vê-las, basta acordar do sonho do iluminismo e exorcizar o nosso processo de conhecimento, arquivando-o como simples curiosidade histórica. Como já dissemos, esse é o preço que a história nos cobra por sermos participantes de uma época de profundas transformações sociais e políticas. Não se trata propriamente de conferir maiores poderes ao juiz, mas apenas e simplesmente admitir que eles necessariamente sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época.⁹¹⁶

A função jurisdicional, a responsabilidade social do poder judicial, bem como a administração da justiça, são postas em cheque por não realizarem com toda a amplitude o seu trabalho, seja por dogmas postos na própria concepção do direito, como por conceitos aceitos socialmente e que já estão saturados. Por isso evidente a necessidade da discussão sobre o atual papel ativo que o Judiciário vem adquirindo, para que os dogmas e os conceitos sejam postos

due decisive ragioni: *in primis* perché quella che la maggior parte dei giuristi chiamano «norma» non è invece che un enunciato normativo; in secondo luogo perché l'idea che da Montesquieu in poi si considera una sorta di dogma e cioè che «la potenza di giudicare è nulla perché la funzione del giudice è di tirare la conclusione di un sillogismo, la cui premessa maggiore è la norma di legge e la minore il fatto». non è in realtà che un paravento per mascherare il pesante intervento del giudice stesso tanto sulla struttura quanto sul contenuto del ragionamento giuridico. Quel determinato giudice porterà fatalmente nel giudizio i propri valori personali e la sua visione del mondo. Prima e più di tutto però nella sua giurisdizione peserà l'«ideologia» e la *forma mentis* che gli deriva dal fatto di essere giurista e magistrato, cioè membro di una sorta di casta corporativa che concede a ciascuno dei suoi componenti un *munus* che non si perde mai: *tu eris sacerdos in aeterno*. In questo senso non si può che convenire sull'idea per cui «la decisione [del giudice] è politica per essenza». Questa sterilizzazione del sapere giuridico e dell'attività giurisdizionale che su di esso è costruita rende per definizione impossibile ogni tentativo di pervenire al cuore del problema partendo dalla semplice analisi dei testi normativi generati da quella medesima attività. Di qui la necessità di ricorrere a un metodo – piego deliberatamente la nota espressione foucaultiana al senso del mio discorso – ‘archeologico’ del sapere giuridico. Questo metodo fa, per così, dire blocco con la natura dell'oggetto del nostro interesse scientifico. Quest'oggetto, immateriale e misterioso, che è il potere della giurisdizione è un potere – lo si è già sottolineato – di natura occulta. Ciò significa che è logico pensare che esso non sarà mai così ingenuo da proporre di se stesso una rappresentazione intelligibile e del tutto corrispondente alla realtà. La sua nascita corrisponde esattamente al processo della sua dissimulazione. Al contrario esso svilupperà la tendenza a fornire una rassicurante, pacifica e neutrale immagine di sé. È questa la precondizione per rendere credibile la figura del giudice come arbitro *super partes* e di conseguenza realmente superiore agli interessi politici che sono presenti nel gioco sociale e istituzionale. Questo non-coinvolgimento apparente del giudice nella mondanità delle forze che si contendono il primato nella vita sociale concreta rende a un tempo la figura del magistrato celestiale e terrificante, aeriforme e materiale nella sua effigie di rigorosa (e apparente) inflessibilità. (DONATO, Francesco di. **Il Governo diviso dei Giudice**. Strategie e Tecniche della mediazione Patriarcale nel mondo Contemporaneo. In: Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. P. 310-311)

⁹¹⁶SILVA, Ovídio Arapujo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 213.

na mesa e discutidos, saindo da nuvem que o encobre.⁹¹⁷ A jurisdição aderida a sua dupla atribuição de Poder, acaba dimensionando o Processo como Gênese do Direito, ganhando legitimidade para produzir normas individuais, que dão ao sistema jurídico vivificação da dinamicidade existencial pelo fenômeno conflitual inerente ao ser.

Podemos dizer que a Responsabilidade como legitimidade democrática processual tem como espaço máximo a decisão operada pela compreensão hermenêutica, pois ela cumpre pela fundamentação dois profundos aspectos: de uma lado dimensiona dentro do processo (extra-processual) em uma dinâmica processual acertada com a administração da justiça, e de outro

⁹¹⁷El Poder Judicial y sus representantes están siendo puestos en entredicho porque no realizan su función a total satisfacción de la sociedad. Es correcto que así sea. La sociedad debe perseguir el más adecuado ejercicio de sus derechos y especialmente en lo que se refiere a una necesidad tan fundamental como la de la administración de Justicia. Hay muchos elementos manifiestamente mejorables. Detectado el problema es preciso aportar soluciones. Entiendo que éstas, las soluciones, sólo pueden ser efectivas si proceden de todos los sectores afectados. Los jueces y magistrados deben velar por la adecuada realización de su labor. Deben cuidar la motivación de sus sentencias, deben ser diligentes en su trabajo, pero al mismo tiempo reflexivos, deben permanecer atentos a lo que la sociedad demanda y flexibles en la búsqueda del bien común a través de la justicia aplicada en cada caso concreto. Deben ser responsables, deben estar bien formados (no sólo en lo que a las leyes se refiere, sino también y especialmente en cuanto a la axiología jurídica), deben ser sensibles con las necesidades sociales y deben poseer una mezcla de perspicacia, inteligencia, indulgencia e intransigencia en la defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. Pero los ciudadanos a su vez deben ser responsables en el momento de acudir al juez sin sobrecargar su función con cargas inútiles y necesariamente ralentizadoras del sistema. La responsabilidad judicial es ciertamente muy grande y la carga de la adecuada realización de su trabajo muy pesada. Por ello quienes la sustentan deben estar adecuadamente preparados para ello. Pero este requisito no es suficiente si no se completa con una labor conjunta de todos los poderes y de la sociedad en su conjunto. La meta al alcanzar es difícil pero el resultado a conseguir traducido en el pleno disfrute del derecho a la justicia de los ciudadanos, es ciertamente irrenunciable (PARGA, Milagros Otero. **La Responsabilidad Social de la Función Juzgadora**. Disponible en: <<https://www.tribunalqro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=6&cronicaJudicial=1>>. Accedido em 26/11/2017. P.32)

lado manifesta o acercamento da função jurisdiccional para fora do processo (endo-processual), fazendo assim possível o controle do ato jurisdiccional^{918, 919}

A legitimidade democrática processual no aspecto decisório não se limita à motivação da decisão judicial e ao princípio da congruência, pois com a dinamicidade processual busca-

⁹¹⁸ofrecer una explicación a la sociedad de la justicia que imparten los tribunales. Esto, normalmente, se sitúa en un contexto más amplio en justicia. Por supuesto, se hace referencia aquí a una acepción particular del término “democracia”, no necesariamente vinculada con el principio de la mayoría. Se trataría, más bien, de acercar la administración de justicia a la ciudadanía. Y, en ese sentido, resultaría importante explicar y/o convencer a la sociedad de las decisiones adoptadas. Conviene observar, no obstante, que para esta concepción la motivación tiene una función explicativa (en cuyo caso no se trataría de un que esté vinculado necesariamente a la verdad respecto de los hechos o a la aplicabilidad de las normas utilizadas por el juez, sino más bien, por ejemplo, con la capacidad de hacer coincidir la decisión con alguna preferencia dominante en la sociedad. - to esto, por cierto, se hace muy vivo el debate acerca de las ventajas e - ceso judicial o bien a través de los denominados métodos alternativos bitraje, etcétera). Concebido así el proceso, resulta claro que “la mejor” solución será planteado en el juicio. No siendo necesario ni, en ocasiones, conveniente que esa solución se adopte mediante la búsqueda de la verdad sobre los hechos o mediante la aplicación de normas generales previas, - acción sobre aquéllas premisas. Más bien adquirirá de nuevo una función persuasiva frente a (al menos) las partes, de manera que facilite la aceptación por ellas de la solución otorgada y, así, ésta alcance una mayor. La lógica interna de esta concepción del proceso judicial supone que la motivación deberá orientar. Ahora bien, en mi opinión, conviene en este caso negar precisamente la premisa mayor del argumento, i.e., que el proceso judicial sea un. c) Si se acepta lo defendido en el epígrafe recién concluido, la función del proceso judicial no es más, ni menos, que la aplicación de las reglas jurídicas generales, lo que, a su vez, es un medio necesario para - deja de tener consecuencias relevantes y comportar cruciales compromisos en la materia que nos ocupa. Si se asume que una de las funciones principales del derecho es dirigir la conducta de sus destinatarios, se da por supuesto que lo que pretende el legislador al dictar normas jurídicas prescriptivas es que sus destinatarios realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas (i.e.: pagar impuestos, no robar, etc.). Para conseguir motivar la conducta, el legislador suele añadir la amenaza de una sanción para quien no cumpla con la conducta prescrita. Pero, para que ello resulte efectivo, los sistemas jurídicos desarrollados prevén la existencia de determinación de la ocurrencia de esos hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho. Siendo así, resulta claro que, prima facie, son las descripciones de aquellos hechos las que se deben incorporar al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas. Y, por tanto, son esas descripciones y esas normas las que deben constituir las premisas del razonamiento, a partir de las que se obtenga la resolución o fallo de la sentencia. Pensemos por un momento en una alternativa radical a esta reconstrucción. Supongamos que la consecuencia jurídica prevista (la sanción, en este caso) se atribuya aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar también aleatorio. Está claro, que en esa situación, no habiendo ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de reslos miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, tampoco hay razón alguna para comportarse de acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas. Dicho de otro modo, sólo si el proceso judicial tiene el objetivo de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados y en él se utilizan para resolver los casos las normas generales previamente establecidas, podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. El derecho no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho. Bajo este prisma, la motivación de las decisiones judiciales es, sin fácticas y jurídicas, en las que se funda la norma individual que constituye el fallo de la decisión. (BELTRÁN, Jordi Ferrer. Apuntes sobre el concepto de Motivación de las Decisiones Judiciales. In: **Isonomia**. n. 34, Abril 2011, Pp.87-108. P. 96 e segs.)

⁹¹⁹Por un lado, lo que debemos garantizar en todos los casos, en el nivel jurídico, no es la efectividad del control externo sobre la operación del juez, sino la posibilidad efectiva de dicho control: la forma y la intensidad con la que dicha posibilidad se materializa abarca problemas que no son jurídicos, sino sociológicos y políticos. (...) En sustancia, la identificación de lo que debe contener la motivación para que la obligación correspondiente quede satisfecha se encuentra directamente determinada por la *ratio* de la misma, y por lo mismo se coloca en una perspectiva doble: si, por una parte, es necesario tener en cuenta la llamada función endoprocesal de la motivación, en la que suelen inspirarse la jurisprudencia y la doctrina dominante; por la otra, las soluciones formuladas desde esta perspectiva se verifican y se integran n el tenor de la función extraprocesal de la motivación misma, al que se conecta el significado peculiar del principio constitucional. (TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. P. 357 e 361-362)

se o direito pelo desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses, responsável por romper a rígida cisão entre questões de fato e questões de direito. Nesse sentido, a legitimidade democrática processual acaba por ver o Direito como Processo, a compreensão hermenêutica apresentada na fundamentação da decisão acaba revelando novos horizontes ao direito, flexibilizando-o, de modo que a democracia participativa resgata o cenário político desapregado das representações Legislativas e Judiciárias.

Essa legitimidade democrática processual observa a existência, observa a dialética-dialogal, oportunizada o reconhecimento e emancipação dos cidadãos ativos. Daí resulta a concretização do *iura novit curia* refletido pela dinâmica processual acertada com a legitimidade democrática processual vislumbrando um Direito Objetivo Processual reflexionada pelo direito subjetivo como tutela de direitos.⁹²⁰

⁹²⁰Essa nova flexibilidade toma, em contrapartida, mais incertas as fronteiras do direito. 1º A especificidade do direito em face dos outros dispositivos normativos é tanto menos evidente porque aquele tende cada vez mais a se apoiar sobre esses. - Por exemplo, a relação entre normas técnicas e normas jurídicas tinha sido concebida em termos de oposição dicotômica, o elemento cardeal dessa oposição residindo no binômio consensual não obrigatório, inerente à normatividade técnica: diversamente da norma jurídica, a norma técnica não se impõe por via da coerção; ela não é de aplicabilidade imediata, a qual depende do acordo dos interessados sobre o seu conteúdo. Ora, não somente essas diferenças são atenuadas, mas ainda uma relação de imbricação, ou de encaixamento, conduz a uma complementaridade crescente: enquanto a juridicização dos standards técnicos é indispensável para lhes assegurar seu efeito pleno, a tecnicização da norma jurídica contribui para respaldar a sua eficácia; desse modo, a normatividade jurídica vem se superpor à normatividade técnica, intensificando os seus efeitos. Do mesmo modo, encontram-se em numerosos setores de atividade documentos que, sob denominações diversas (guias de boas práticas, referenciais, recomendações, códigos de uso, linhas diretrizes, standards, especificações etc.), propiciam aos profissionais os instrumentos e as referências para a condução de sua atividade: fruto de um trabalho coletivo de reflexão e fazendo o objeto de uma adesão voluntária, eles não têm força obrigatória: apesar disso, eles podem adquirir uma dimensão jurídica, através dos engajamentos tomados pelos profissionais, um processo de certificação ou, ainda, seu "reconhecimento" ou sua "validação" pelos poderes públicos. A mesma constatação pode ser feita no que concerne às relações entre o direito e a ética. - Por outro lado, as leis comportam cada vez mais disposições de "visualização", expondo as grandes linhas de uma política. A jurisprudência por meio da qual o Conselho Constitucional resolveu reagir contra tais disposições "manifestamente desprovidas de qualquer dimensão normativa" (decisão de de abril de 2005) deixa entrever uma certa nostalgia pela concepção tradicional de um direito produzido sob o signo da claridade, da simplicidade e da certeza: Ora, os contornos da normatividade jurídica perderam o rigor do passado; a diversidade das condições de emprego da técnica jurídica nas sociedades contemporâneas não poderá ser descartada em nome de uma concepção excessivamente estreita, senão mesmo "integralista", de uma normatividade concebida segundo o critério exclusivo da imperatividade dos enunciados jurídicos. Mais generalizadamente, a norma jurídica tende a ser englobada em uma problemática mais larga da *regulação*, que impõe a sua lógica: visando a assegurar a reprodução dos equilíbrios sociais, a regulação supõe, com efeito, o recurso a uma panóplia de meios de ação, alguns jurídicos, outros não jurídicos; o direito não aparece senão como um instrumento de "guia" ou de "pilotagem", a serviço de políticas que o ultrapassam, e os instrumentos jurídicos são doravante combinados com meios de ação extra jurídicos, segundo um arranjo complexo. - Essa modificação é muito mais explícita no caso das administrações independentes: essas autoridades são dotadas de uma série de poderes jurídicos, cuja acumulação contrasta com as tipologias tradicionais; mas esses poderes são colocados ao serviço de uma função mais global de regulação setorial, que compreende também meios mais informais de influência e de persuasão. A distinção entre os dois tipos de competências, umas que tomam a forma de normas imperativas, outras que passam pela edição de "recomendações" ou de "diretivas" desprovidas de força obrigatória, revela-se desde logo delicada e comportando uma faceta de artifício; recomendações e diretivas têm muito bem uma dimensão "normativa", na medida em que elas visam a agir sobre os comportamentos dos destinatários e o seu caráter não imperativo não é suficiente para relegá-las fora da esfera de direito; através desses procedimentos se perfilha, na realidade, uma concepção mais branda da normatividade jurídica, a qual não poderá ser doravante reduzida à simples coerção. A problemática da

O sistema da *common law* muito tem acertado as suas prospecções ao sistema da *civil law*, segue exemplo daquele sistema o assento na fundamentação jurídica como base profícua da função jurisdicional: não evidencia a decisão questões apregoadas ao formalismo positivista, na medida em que o direito nasce do contexto e serve como gênese do direito, sendo a fundamentação o espaço de construção da normativa a partir do caso-problema.

Os fundamentos da decisão devem ser cognoscíveis tanto para as partes quanto para a comunidade, de modo que o *veredicto* não apareça como um ato voluntário desvinculado de qualquer base normativa (regras e princípios), ou que parece destoante da *potestas* produzida pela administração da justiça.

A fundamentação deve explicitar os motivos da decisão, sendo a característica distintiva que diferencia os atos judiciais e legislativos ou executivos, pois os juízes são os únicos detentores do poder público a ter que motivar suas decisões, essencialmente para mostrar que a decisão judicial possui relação com a função processual, mas, em geral, para responder à necessidade profunda de neutralidade, sentida em coabitação ordenada. A fundamentação explica e tenta justificar as decisões tomadas e a publicidade da fundamentação parece ser um

regulação desemboca, então, em uma visão nova do direito, colocando em segundo plano a ideia de comando que estava no cerne da concepção moderna. A distinção entre as duas funções essenciais que preencherá a norma jurídica, a qual terá por vocação concomitantemente guiar a ação ("quadro") e de julgar a ação realizada ("medida"), permite uma clarificação útil: a conjunção dessas duas funções será característica das "regras de direito", dotadas de uma "plenitude cfe normatividade"; em contrapartida, algumas outras normas não seriam senão instrumento de simples "enquadramento" (por exemplo, as recomendações) enquanto outras seriam apenas instrumento de pura "medida" (por exemplo, os standards), sem ser apenas por isso relegadas fora das fronteiras do direito. - Mais fundamentalmente, a questão da pertinência do direito como dispositivo de regulação se encontra posta por determinadas evoluções científicas e técnicas. As dificuldades de regulação da Internet são exemplares quanto a isso: elas testemunham não apenas a incapacidade de o Estado apanhar um objeto desmaterializado e sem contacto com um território, mas também a inadequação das categorias jurídicas clássicas (e notadamente das noções de "bem" e de "pessoa"); seria necessário, então, fazer largo apelo a mecanismos de autorregulação, passando pelos próprios operadores, situados à margem do direito. Ainda que um quadro jurídico se repute necessário, esse quadro tem pouco a ver com o direito clássico. Essa concepção pragmática, sustentada por uma preocupação de efetividade, conduz naturalmente a uma racionalização da produção do direito (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. P. 167-170)

componente essenziale da ação judicial, uma garantia de racionalidade e uma barreira contra abusos de poder.^{921,922}

⁹²¹Il bisogno di conoscere le ragioni delle pronunce fu avvertito sin dagli albori dell'esperienza giuridica romana, quando, com'è noto, l'esercizio concreto della giurisdizione era rimesso ai membri del collegium sacerdotale. Il pontifex – colui che interpretava la volontà divina in relazione ai fatti umani – svolgeva questa funzione emanando responsa vincolanti anche per i magistrati, messi per iscritto e custoditi negli archivi collegiali. Iniziò così a formarsi la giurisprudenza pontificale. I sacerdoti romani non pretendevano tuttavia di amministrare la giustizia su ispirazione divina né tantomeno si esprimevano per mezzo di oracoli, al contrario operavano molto più pragmaticamente in veste di custodi della religione civile, che abbracciava anche le leggi dello Stato. Erano insomma degli esperti che formavano un ristretto ceto tecnocratico aperto soltanto ai patrizi e ai magistrati, per cui il complesso di conoscenze giuridiche rimaneva all'interno dell'esclusiva cerchia sacerdotale ed era considerato alla stregua di un segreto professionale. I pontefici non erano tenuti a motivare le proprie decisioni. Il loro status sociale di honoratores (secondo la nota definizione weberiana) costituiva infatti una ragione sufficiente per non ritenersi in dovere di fornire spiegazioni: stabat pro ratione auctoritas. Il monopolio pontificale dello ius civile iniziò tuttavia a sgretolarsi nel momento in cui la giurisprudenza imboccò la via della laicizzazione, tra il quinto e il quarto secolo a.C., con una forte accelerazione intorno all'anno 300, quando Gneo Flavio (uno scriba di Appio Claudio Cieco) divulgò i dettagli delle legis actiones (fino a quel punto ignoti al pubblico), e la Lex Ogulnia aprì il ceto sacerdotale ai plebei. La laicizzazione fu il presupposto necessario per l'avvento del periodo classico della giurisprudenza romana (sviluppatasi tra la fine primo secolo a.C. e l'inizio del terzo secolo d.C.), dominata dagli iuris consulti, addirittura muniti di una "patente" (lo ius publice respondendi) che conferì il privilegio di formulare responsa in nome dell'imperatore a partire dal principato augusteo. Un secolo dopo, Gaio avrebbe affermato, in un passo tuttora controverso, che i pareri dei giuristi patentati possedevano valore di legge. Al di là della questione specifica, occorre tenere in considerazione che i giureconsulti romani svolgevano un servizio pubblico che conferiva loro un grande prestigio sociale e una notevole influenza, e che i più autorevoli tra di loro formavano un'élite strettamente legata ai personaggi più potenti dell'Impero, con i quali condividevano una visione del mondo rivolta alle cose terrene e non ad astratte idealità. Non erano quindi dottrinari, ma case-lawyers e i loro sforzi teorici non erano volti a costruire un sistema astratto, bensì allo studio di singoli casi pratici. Mediante l'approccio casistico, lavoravano in modo empirico alla soluzione dei problemi giuridici per i quali venivano consultati. Come i pontefici, loro predecessori, anche i giureconsulti classici non dovevano spiegare il percorso logico che volta per volta li aveva guidati verso una determinata conclusione. In una società aristocratica, fortemente stratificata, il prestigio dell'élite giuridica era tale da investire i pareri legali di un'autorità indiscussa. Gli esperti invece capivano molto facilmente le ragioni dei responsi perché adoperavano un linguaggio comune, lavoravano all'interno di un sistema condiviso d'idee razionalmente ordinate e conoscevano le opinioni di ciascun giureconsulto, che infatti citavano continuamente. Le prime difficoltà legate all'oscurità che in passato avvolgeva i motivi delle decisioni giurisdizionali sorsero nel mondo tardo antico, quando divennero concrete e forti le influenze orientali, dal momento che i giuristi si autorappresentavano come sacerdotes juris (clamorose furono le affermazioni di Ulpiano), ma a differenza di quanto avvenuto nel passato, essi iniziarono ad arrogarsi un potere sacrale dal carattere metafisico e perciò incompatibile con l'empiria dell'attività di governo. Nell'antica Roma, un conflitto tra potere civile e potere sacerdotale/ecclesiastico sarebbe stato impossibile, sia perché i pontefici erano al servizio dello Stato sia perché il carattere laico della giurisprudenza iniziò ad accentuarsi già in un'epoca abbastanza remota. Invece la dialettica tra la giurisdizione e il potere politico scaturì nel clima di divinizzazione dell'Imperatore, segno già di crisi dell'antica religione civile e del carattere universale che l'Impero si attribuiva. Ciò avvenne ben prima che l'affermarsi del cristianesimo portasse alla separazione tra Stato e Chiesa. Questo sbocco accentuò il carattere sacerdotale-divino della scientia juris e della mediazione patriarcale realizzata dal ceto giuridico, aspetti d'importanza cruciale che tuttavia Dawson non prende in considerazione perché egli positivisticamente si concentrò in maniera esclusiva sul grande studio del case law in Europa. Il problema della mancanza di motivazioni è da ricollegare direttamente al fine di ciascun giudizio, cioè la risoluzione dei conflitti per mantenere l'ordine e la pace sociale. Le decisioni giurisdizionali, com'è noto, costituiscono un atto di volontà politica lato sensu, quindi talvolta rivelarne le ragioni era un'operazione non priva di rischi e di ricadute negative per chi giudicava. Si pensi ad esempio alle difficoltà create dal diritto d'asilo tra il Medioevo e l'Età moderna e ai conflitti tra Stato e Chiesa che ne scaturivano. Persino in Inghilterra, nel periodo successivo alla Riforma anglicana voluta da Enrico VIII – il quale, com'è noto, trasformò la Chiesa in un organo dello Stato – non si riuscì ad abolire per legge il right of sanctuary prima del 1623. Durante il Medioevo, la mancanza di motivazioni costituiva pertanto la regola. Nell'Italia del mos italicus, fermamente ancorato alle «radici provvidenziali create dai glossatori», soltanto nel sedicesimo secolo si ebbe un'innovazione (benché limitata al centro-nord), con l'istituzione dei grandi tribunali, obbligati a motivare le proprie decisioni. La pubblicazione delle motivazioni divenne però generalmente obbligatoria soltanto con l'arrivo delle armate rivoluzionarie francesi che estesero alle corti subalpine l'obbligo (istituito nel 1790 dall'Assemblea costituente e sconosciuto fino a quel momento, nonostante qualche eccezione)

di esporre le motivazioni decisive per il giudice. Anche nell'area germanica, gli Schöffen – eredi tardomedievali degli scabini carolingi –, di norma esponenti del patriziato urbano, soltanto di rado comunicavano spontaneamente le ragioni dei loro responsi. In Età moderna, le facoltà giuridiche, assimilate alle corti di giustizia, davano invece motivazioni «appena comprensibili ai richiedenti» per via del linguaggio adoperato. Soltanto nel periodo compreso tra il 1795 (anno di emanazione della legge prussiana sull'ordinamento giudiziario) e il 1830 gli Stati tedeschi si adeguarono all'obbligo di comunicare alle parti le motivazioni di tutte le sentenze. L'esperienza inglese rappresenta invece una parziale eccezione rispetto al Continente, come vedremo più approfonditamente in seguito. Sin dal tredicesimo secolo, i giudici delle corti di Westminster, infatti, nonostante il loro status e la loro indipendenza, nel pronunciare la sentenza talvolta ne rivelavano le ragioni decisive. Potremmo definirle motivazioni ante litteram perché confluivano nei plea rolls insieme alle notizie essenziali sullo svolgimento delle cause sia come promemoria per la corte sia per documentarne le attività. Anche se il muro di segretezza che proteggeva le decisioni giurisdizionali cadde quasi contemporaneamente in Francia, Italia e Germania verso la fine del diciottesimo secolo, questo cambiamento fu il prodotto di una lunga gestazione che si protrasse per tutta la durata dell'Età moderna. Le origini teoretiche e culturali della svolta sette-ottocentesca sono da rintracciare nel sedicesimo secolo e si riflettono nella speculazione dubitativa di Michel de Montaigne intorno al problema della conoscenza. In realtà, il seme del dubbio era già stato gettato nell'humus del pensiero europeo da Lorenzo Valla e da Niccolò Machiavelli. Il contributo decisivo provenne dal geniale Segretario fiorentino, acuto e penetrante indagatore dei fenomeni sociopolitici del suo tempo, ma rimase isolato a sud delle Alpi, specialmente a causa del noto ostracismo decretato dalla cultura cattolica dominante nei confronti della sua Weltanschauung realistica. Montaigne riprese lo spirito delle opere machiavelliane e ne accentuò i toni critici che, ricondotti nell'alveo del libero pensiero, tipico dell'Età moderna, produssero effetti dirompenti. Innanzitutto negò che una deontologia naturalistica fondata sul successo mondano potesse subentrare al posto del valore assoluto che attribuito all'idealismo astratto medievale. Negli Essays, il filosofo perigordino sollevò forti dubbi che avrebbero fatto avanzare la teoria della conoscenza, in particolare nel campo giuridico. Superando le controversie sullo studio e sull'insegnamento della giurisprudenza in quel momento storico – basti pensare soltanto a François Hotman e al suo *Antitribonianus* –, Montaigne trasformò il diritto in un campo d'indagine scientifica e lo pose al centro della sua originale e straordinariamente innovativa teoria della conoscenza. Naturalmente, le riflessioni montaignane non si limitarono agli aspetti puramente epistemologici del diritto, com'è stato notato, ma travalicarono i confini dell'indagine filosofica ponendo i problemi della giurisprudenza del tempo in stretta correlazione alla più ampia (e concreta) «questione dell'ordine socio-politico e della sua legittimazione». L'influenza delle meditazioni e dell'atteggiamento scettico di Montaigne di fronte alla realtà fu avvertita anche al di là della Manica, dove il poliedrico Lord Chancellor Francis Bacon compose, a cavallo tra il Cinque e il Seicento, i suoi Essays. Con Montaigne e Bacon il saggio divenne non soltanto un genere letterario, ma anche un metodo d'indagine volto a demolire le certezze universali che avevano dominato e plasmato le mentalità medievali. Il pensiero di Bacon s'inserisce a sua volta in una linea critica squisitamente anglosassone che trova un precedente nel pensiero del classicista erudito Roger Ascham (1515-1568), il quale capì e sottolineò l'importanza dell'educazione nella cultura protestante, mettendo in risalto la dissolutezza dei costumi, la corruzione, l'anarchia, la faziosità e l'irreligione che inquinavano la mentalità subalpina, benché nutrisse una sincera ammirazione per la lingua e la cultura letteraria italiana. Questo atteggiamento critico, diffuso nella cultura anglo-francese sin dall'Età moderna, dispiegò i suoi effetti sul Continente soltanto con la Rivoluzione, come abbiamo già anticipato. Ma da quel punto in avanti, le sentenze motivate furono (e sono) realmente in grado di «farci conoscere con fedeltà le operazioni intellettuali che hanno condotto il giudice al dispositivo adottato»? La motivazione, in altri termini, è sufficiente a garantire che il giudizio sia sempre rigorosamente razionale e basato esclusivamente su ragionamenti di carattere giuridico e che, in definitiva, il giudice sia al riparo da pressioni indebite? Su questo punto si concentrò già nel secolo scorso l'attenzione di svariati esponenti del realismo giuridico americano. Nella critica al formalismo langdelliano, il cui metodo deduttivo procedeva mediante l'applicazione meccanica delle norme (ritenute sempre certe) ai singoli casi, essi misero in luce gli aspetti problematici della judicial indeterminacy, ovvero la possibilità che il giudice decida talvolta secondo il proprio intuito (o “judicial hunch”) piuttosto che in base alle disposizioni di legge. L'impostazione realistica del problema – a tutt'oggi discusso – era il risultato dello sforzo di ridurre il gap gnoseologico tra il diritto e le scienze sociali: distanza che fu maggiore dove l'affermarsi di queste ultime fu ostacolato da un dominante clima di neohegelismo e di spiritualismo assoluto. Non a caso, questo fenomeno – definito «inversione dell'argomentazione giuridica» – sarebbe stato affrontato per la prima volta in Italia soltanto negli anni Sessanta del secolo scorso dal sociologo del diritto Franco Leonardi. Il giudizio, da questo punto di vista si rivela perciò una questione politica. Affinché la potestas terribilis sia compatibile con la democrazia è sufficiente quindi che i giudici – unici tra i titolari di poteri pubblici – siano obbligati a motivare le proprie decisioni? Da questo particolare angolo visuale i giudici possono essere considerati protagonisti di un discorso comune che trascende le specificità dei singoli ordinamenti e delle differenti tradizioni giuridiche occidentali, sia di civil law sia di common law e che ovviamente si ricollega al problema della loro (ir)responsabilità. Si tratta naturalmente di una problematica meritevole di ben altro approfondimento, alla quale in questa sede è possibile soltanto

A fundamentação da decisão, por todo o exposto, garante a legitimidade democrática processual e a possibilidade do controle democrático da Jurisdição via dinamicidade processual.⁹²³

4.2.1 - A Função Jurisdicional e a Compreensão⁹²⁴ Hermenêutica

El intérprete debe estar abierto a la opinión del otro.⁹²⁵

A função jurisdicional se apresenta como legitimidade democrática processual e tem como elemento central a dinamicidade processual, que opera, primeiramente, na administração da justiça, como *summa potestas* das partes à colaboração reativa, para que ocorra uma dialética-dialogal reflexiva desveladora do fenômeno conflitológico de interesses. Fica claro, já nesse primeiro momento, que o importante não é a formação de um juiz exegético ou dogmático, precisa-se desconstruir um Estado-juiz das rupturas estritamente vinculado à Ciência positiva lógico-dedutiva, para um Estado-Juiz de Ciência Indutiva.

Nesse sentido, a decisão judicial acaba sendo um amplo espaço de debate e diálogo, revelando-se como Ciência Indutiva em uma função jurisdicional calcada na compreensão hermenêutica, que determina rupturas junto ao sistema dogmático e formal do direito, servindo de abertura em relação as pré-compreensões aderidas com o sociopolítico, se convertendo em base indispensável sobre a que articular com a possibilidade de diferentes soluções

accennare per sottolinearne il nesso con la questione delle motivazioni e del loro rilievo nei sistemi giuridici occidentali e in particolare in quelli di case law. Al di là della pubblicità o della segretezza delle ragioni di ciascun giudizio, uno dei temi centrali nella storia dei sistemi di case law è rappresentato dal problema pratico di come sistemare e coordinare le motivazioni. Furono i law reporters ad assumersi questo compito come obiettivo primario della loro attività teoretica e pratica. (DAWSON. **Gli Oracoli del Diritto**. Napoli: Neqça Sede Dell'Istituto, 2014. P. XXX-XLII)

⁹²²El hombre es, precisamente, quien pertenece a la vez al régimen de la causalidad y al de la motivación, es decir, de la explicación y de la comprensión. (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 158)

⁹²³TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. P. 359.

⁹²⁴La comprensión, por lo tanto, es un método particular que sólo las ciencias del espíritu, el estudio de la historia humana, pueden emplear. El hecho de que los hombres recurran a este método no es la señal de su distanciamiento, o en realidad de su posición inferior con respecto a la naturaleza. Por el contrario, ellos gozan de un privilegio inaccesible a las ciencias naturales. La comprensión es el pasatiempo de los dioses; en su esfuerzo por comprender la historia o al anhelar que su esfuerzo resulte exitoso, el hombre se eleva a las alturas del verdadero saber divino, lo que los estudiosos de las ciencias naturales no pueden hacer por mucho que sueñen con ello (BAUMAN, Zygmunt. **La Hermenéutica y las Ciencias Sociales**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007, P. 31)

⁹²⁵KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 202.

interpretativas e com sua capacidade de correlação com as complexidades humanas⁹²⁶, projetando uma contradogmática e uma nova forma a qual possa operar o Poder Judiciário - operando pela via da compreensão hermenêutica, que será representada junto à fundamentação da decisão, muito diferente da motivação.⁹²⁷

Muito aproxima-se a compreensão hermenêutica da *auctoritas*, pois ambas surgem de uma vertente que é próxima, ou seja, a sabedoria dos chamados a interferir em assuntos da sociedade, ouvem os reclames sociais por terem uma legitimidade social centrada em o dom da divindade/*hermes* humanos, fazem a ligação entre a mundaneidade e o mundo dos espíritos, seres pensantes que se põe à compreensão da existência com uma ampla legitimidade social.

O Estado Ativo-Responsivo, proporciona uma ordem democrática, demonstrando permeabilidade às demandas sociais, põe sob tensão princípios, leis e políticas públicas, no sentido de uma permanente renovação do direito feita com a participação de todos⁹²⁸. Essa

⁹²⁶El objetivo de la comprensión de la diferencia, de la apertura en relación con otras determinaciones culturales, se convierte en este ámbito, en la base indispensable sobre la que articular la posibilidad de diferentes soluciones interpretativas y su capacidad de corrección y cambio. (ZACCARIA, Giuseppe. **Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción.** Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf>>. Acessado em: 30/12/2017)

⁹²⁷La crescente rilevanza ermeneutica delle conseguenze empiriche come criterio selettivo tra più ipotesi possibili di decisione pone il problema dell'impostazione di questo schema argomentativo su basi scientifiche più solide e controllabili. Vanno qui accennati i soli aspetti peculiari al giudizio di costituzionalità. Di essi il più urgente è il problema, già menzionato, della costruzione di una tipologia di casi (e di corrispondenti regole) di collisione tra principi o diritti fondamentali, fondata sull'esperienza giurisprudenziale (anche comparata) dei valori costituzionali. È questo un altro profilo della riduzione dell'argomento consequenzialista alla misura di effetti pratici già in atto: qui degli effetti di fatto prodotti da decisioni precedenti di casi identici o simili. Un altro problema concerne i casi in cui l'impatto sociale della legge sottoposta al vaglio di costituzionalità si manifesta in conseguenze di segno diverso, alcune positive, altre negative. Occorre allora decidere quali conseguenze prendere in considerazione evitando di cadere in un ragionamento circolare che rimandi alla discussione astratta sui valori, oppure, se si considerano tutte, si devono affrontare le difficoltà della valutazione aggregata delle une e delle altre. Non sono però difficoltà insuperabili: occorre trovare un limite alle conseguenze da prendere in considerazione (per l'individuazione del quale può aiutare la teoria delle conseguenze dannose risarcibili nella responsabilità civile) e poi applicare la tecnica del bilanciamento. Problematico è pure, sotto il profilo degli effetti pratici, il criteriolimito della tutela di certi interessi a scapito di altri parimenti protetti: per esempio, sotto il profilo dell'incidenza sull'efficienza e la competitività delle imprese, il limite di legittimità della compressione della libertà di contratto derivante ai datori di lavoro dalla riserva legale di una percentuale di posti a favore di soggetti portatori di handicap, tenuto conto anche delle distorsioni del principio di solidarietà determinate dalla legge sulle assunzioni obbligatorie. La Corte ritiene, in generale, che la fissazione del limite appartenga, volta per volta, alla discrezionalità del legislatore. Ma si potrebbe obiettare che, quando la legittimità di una legge protettiva di certi interessi è subordinata a un requisito di misura, poiché nella misura si congiungono qualità e quantità l'eccesso di misura - da verificare col criterio della ragionevolezza - trascorre nella qualità opposta, cioè nell'illegittimità. Infine è avvertito con maggiore sollecitudine il problema della mancanza di un adeguato «diritto probatorio» ai fini dell'accertamento di fatti rilevanti per il giudizio di costituzionalità. Finora le ordinanze istruttorie della Corte si esauriscono nella richiesta di informazioni al Governo o ad altre pubbliche istituzioni, che di solito sono parti in causa. Non sempre sono disponibili accertamenti statistici delle conseguenze pratiche prodotte dalle leggi portate all'esame della Corte o informazioni affidabili circa l'incidenza di certe sentenze, per esempio, sulla spesa pubblica, e non sempre tale difetto è supplito dal «notorio». (MENGONI, Luigi. Il diritto costituzionale come diritto per principi. In: **Rivista Ars Interpretandi**, 1996, Pp. 95-112. P. 109-111)

⁹²⁸NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 9.

renovação exige a legitimidade democrática processual, constituída na redimensionalização da Jurisdição, com o seu ápice estruturante na decisão operada pela compreensão hermenêutica⁹²⁹, fruto de uma frutífera dinâmica processual estabelecida com o reconhecimento e emancipação dos cidadãos ativos por meio do Processo Democrático, possibilitador da centralização política e redimensionando a Jurisdição numa dinamicidade, possibilitando o direito objetivo processual e oportunizando o direito como adaptação existencial, podendo com isso estabelecer novas gêneses ao direito pelo fenômeno conflitual.^{930,931, 932, 933}

Com a dinâmica processual proposta, esta vem a acertar a legitimação democrático processual no tocante à Jurisdição, *retirando do seu ato aplicativo a centralidade política*, e de outro lado, a discricionariedade e a arbitrariedade, tidos como consequências da politização do judiciário em uma decisão vazia e subjetivada pelo juiz do fenômeno conflitológico de

⁹²⁹A analítica temporal da existência (Dasein) humana, que Heidegger desenvolveu, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (Dasein). O conceito "hermenêutica" foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo. Que o movimento da compreensão seja abrangente e universal, não é uma arbitrariedade ou uma extrapolação construtiva de um aspecto unilateral, mas está, antes, na natureza da própria coisa. (Prefácio. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 16-17)

⁹³⁰SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 147-148.

⁹³¹Mientras el existencialismo en el mundo de la filosofía o del arte puede convivir con otras corrientes espirituales y se puede defender o combatir, en el campo del derecho se presenta como una verdadera enfermedad, de la que es necesario investigar las causas y proponer el remedio. Un jurista puede ser existencialista; la angustia que le invade es imposible que llegue a ser fundamento de una doctrina o que se convierta en estado permanente. (BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. P. 162)

⁹³²Auctoritas e Potestas: o político é o todo e legitima a potestas. Essa potestas absorveu-se na democracia representativa, importante para a formação do direito no modelo de Estado Reativo, sendo que, essa potestas aderida a atividade jurisdiccional limitava a atividade do juiz a mera aplicação do direito. Com efeitos do Estado Social, a sociedade do indivíduo começa a receber influos do direito dos que não tinham direitos (não-humanos), e com isso impulsiona-se um modelo de Estado Democrático, onde a pluralidade social e a limitação do poder acabam rompendo o caráter formal por um substancial. O caráter substancial adere todo o sistema normativo Constitucional e com isso se tem o fator social, de um lado, e como o fator do rígido legalismo formal e dogmatizante, de outro. O Poder Judiciário começa a exercer seu poder político – fenômeno esse vem a redimensionar a auctoritas sobre a qual o Legislativo detinha como Poder Máximo. Essa propulsão política do Judiciário justificou-se na tomada de decisão de questões políticas relevante, fruto daquela cisão entre política e cidadão (democracia do consenso). A democracia passa tratar os indivíduos como cidadãos ativos e os efeitos oriundos do Estado Democrático e Social dimensionam-se na formação de um Estado Ativo-Responsivo.

⁹³³Si por un lado hay que insistir en que la función jurisdiccional se resuelve en decir el derecho, esto es, en aplicar la legislación o, más técnicamente, en actuar el derecho objetivo en el caso concreto, por otro no cabe desconocer que esa función no puede limitarse a la realización de una operación lógica por un juez indiferente ante los conflictos de la sociedad. La norma jurídica general que enlaza a un hecho abstractamente considerado una consecuencia jurídica también abstracta, necesita ser individualizada caso por caso para tener sentido. Así la función jurisdiccional no puede reducirse a decir técnicamente el derecho en el caso concreto, sino que participa de la creación del derecho, en el sentido auténtico de la expresión. La sentencia es norma jurídica individualizada; individualiza la norma jurídica general continuando la labor de creación jurídica. (AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. P.53-54)

interesses, são os fenômenos que acabam por reestabelecer a legitimação democrático processual na função jurisdicional⁹³⁴.

A compreensão hermenêutica volta, pela interface do círculo hermenêutico, a pré-compreensão aos anseios da politização do direito pela adaptação existencial, retirando aspectos da entificação, da objetificação ou subjetivação, oportunizando assim, a dinâmica processual, um jogo dialético-dialogal⁹³⁵ de perguntas e respostas entre os seus produtores. O direito passa, dessa maneira, a circular de forma horizontal, produzindo diálogos e debates, não centrando na mera institucionalização do direito pelo órgão Jurisdicional, mas legitimando o direito através da responsabilidade sociopolítica do Julgador investido da Jurisdição e vinculado à dinamicidade processual^{936, 937}.

⁹³⁴ Conforme será visto, é a arbitrariedade e a discricionariedade os flexibilizadores da congruência processual, importantes fenômenos para propiciar a criação do direito judicial.

⁹³⁵ El espacio de juego no es un espacio de libertad ilimitada, sino un espacio de libertad reglada. La libertad lúdica ha sido posibilitada por la delimitación de un espacio de juego, que ha contrapuesto al juego al reino de los fines que se encadenan, pero que ha sido realizada desde dentro del espacio de juego, a través de reglas. El sujeto tiene la libertad de jugar o no jugar ajedrez, pero estas decisiones de la subjetividad nada tienen que decir acerca de lo que hace de alguien un jugador de ajedrez. La libertad del jugador es, en este caso, la de representar un rol, el rol de jugador de ajedrez. El rol le da al jugador tareas y la posibilidad de cumplirlas y de cumplirlas de diferentes maneras. Ahora bien, de acuerdo a Gadamer, esta es la primacía del juego sobre los jugadores. El juego no se construye por un acto soberano de la conciencia de los jugadores, sino que estos se inscriben en el decurso temporal del juego, lo representan. Es decir al cumplir los roles del juego y las tareas que estos asignan, hacen que el mismo juego esté presente una y otra vez aunque siempre de maneras diferentes. Es el mismo juego jugado en diferentes ocasiones. (KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed.. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 162-163)

⁹³⁶ Corresponde a la filosofía fenomenológica y hermenéutica hacerse cargo de la cuestión de la autodesignación, dejada así en suspenso, vinculada a la idea de imputabilidad en cuanto aptitud para la imputación. El paso de la idea clásica de imputabilidad a la idea más reciente de responsabilidad abre, en este sentido, nuevos horizontes. Es reveladora, en este aspecto, la resistencia que esta idea opone a la eliminación, o al menos a la limitación, de la idea de falta por las de riesgo, de garantía, de prevención. La idea de responsabilidad sustrae la de imputabilidad a su reducción puramente jurídica. Su virtud primera consiste en subrayar la alteridad implicada en el daño o en el perjuicio. (RICOEUR, Paul. **Caminos del Reconocimiento**. Tres Estudios. México: Fondo del Cultura Económica, 2006. P. 141)

⁹³⁷ Le dialogue social a aussi à voir avec la notion de participation des intéressés, des destinataires de la règle, à l'élaboration de celle-ci. Cette notion renvoie à une conception «horizontale» de la prise de décision. Elle peut d'ailleurs trouver à s'appliquer à différents niveaux, dans différents espaces: aussi bien dans l'espace public, la participation, via le dialogue social s'appliquant à la prise de décision politique; mais aussi dans l'espace privé, celui de l'entreprise. Ainsi peut-on entendre la disposition du préambule de la Constitution française qui énonce que «Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises». Dès lors qu'on admet que différentes parties peuvent voir leurs intérêts propres représentés lors de la prise de décision tant politique qu'entrepreneuriale, on quitte la conception classique du gouvernement pour aborder celle, plus incertaine, de la gouvernance. Selon J. Commaille, la gouvernance est « un processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, d'institutions (publiques ou non) pour atteindre des buts propres discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés et incertains ». Cette définition peut s'avérer pertinente pour appréhender certaines formes de dialogue social multipartite existant dans certains pays et dédiées à la régulation dans certains domaines (cf. en France la « gouvernance de l'assurance maladie », notamment depuis la réforme du 13 août 2004). L'auteur insistant sur l'idée que la gouvernance prévaut dans des « environnements fragmentés et incertains », on verra que sa définition s'avère tout à fait adaptée pour qualifier les processus de convergence des politiques sociales orchestrés au niveau européen et connus sous l'appellation de Méthode Ouverte de Coordination (MOC). Ce qui apparaît nettement aujourd'hui, c'est l'idée que le dialogue social est appelé à jouer un rôle fondamental dans les stratégies de réformes économiques et sociales de l'Europe. La Commission européenne entend en tout cas voir ce rôle renforcé, notamment dans la perspective d'une plus

Impõe-se assim um amplo despertar de um profundo sono, sono este que não se destrela da Ciência Processual: foi este sono que limitou a atividade jurisdiccional ao simples e automático aplicar à lei (cunhando o termo *aplicador-aplicação*)⁹³⁸, manifestada a aplicação justamente no *decisium*; ou seja, na motivação da decisão, algo que vem a aprisionar a politicidade da vida, pois o fenômeno conflitual apresentado com o Processo acaba desvelando as necessidades, angústias, desejos e interesses humanos do ser.

grande cohérence entre niveau national et niveau européen, ainsi qu'en atteste la Communication du 26 juin 2002. Le dialogue social apparaît en réalité comme un processus nécessaire en même temps qu'un outil indispensable pour impulser ou accompagner les grands changements d'aujourd'hui. Comme on le verra, il constitue un élément clef de la gouvernance économique et sociale de l'Union européenne en ces temps de réformes (ou de tentatives de réformes); il est aussi mis en avant par la Commission comme un rouage très important du processus d'élargissement de l'UE, ce qui implique qu'il soit développé dans les pays dans lesquels les partenaires sociaux peinent à se constituer comme tels. (MARTIN, Philippe. **Dialogue social et régulation juridique**. Une problématique européenne. In: MARTIN, Philippe. (org.). *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2007. P. 21-42)

⁹³⁸ Si se identifica el derecho con la norma jurídica. entonces la función judicial se reduce evidentemente a una aplicación del derecho. Pero si se niega tal identidad la respuesta debe ser obviamente diversa. La primera postura se desarrolló principalmente durante la vigencia del esquema del silogismo judicial. La segunda postura es la respuesta adecuada al mecanismo de los juicios de valor que componen el juicio jurisdiccional. Esta es por lo tanto la visión que juzgo interesante desarrollar. [...]Aun a pesar del dato extremo de la norma, hay que tener en cuenta que el derecho está formado fundamentalmente por una serie de experiencias vividas o experiencias existenciales, que son rigurosamente hablando decisiones de casos concretos, aunque en algunos momentos puedan aparecer como generalizaciones de tales experiencias o decisiones hipotéticas». Esto es, el caso concreto, el problema viviente, real, es el que está en la base de toda decisión judicial, antes siquiera de que se plantee el problema de la norma. Este caso es el que configura la individualidad de cada juicio. El juez, aun a pesar de su abstencionismo alimentado por las pautas que establecen las normas (664), es siempre el artifice, junto con las partes, de la sentencia y del derecho que emana de ella. El juicio individual del juez, ajustado no a la ley, justo o injusto, vale como único derecho indiscutible en las relaciones entre los particulares. En este sentido, la norma jurídica en la operación del enjuiciamiento se reencarna y cobra la existencia del caso concreto, su única existencia: hecho y norma son creados en su singularidad. Con ello no se hace más que recordar el origen de las normas, que proceden por abstracción de las diversas decisiones de los casos. Por esto, en la actuación jurisdiccional, nos hallamos en las propias fuentes del derecho, en el sentido más genuino de la palabra. De los *responsa prudentium* surge el *jus*. La experiencia de la ley es posterior, aunque en nuestra cultura jurídica actual se nos presenta como algo simultáneo al juicio. La relación juez/ley en el juicio se resuelve siempre en su sentido original: la creación judicial del derecho. Esto no significa que cuando el juez crea el derecho actúe como legislador. Está bien emplear la expresión como un modismo de lenguaje, sin embargo, su contenido es falso. El juez creando el derecho desarrolla precisamente una función jurisdiccional y no legislativa, en cuanto emite una regia especial para un caso concreto. Por eso es congruente acentuar el carácter constitutivo de toda resolución jurisdiccional en cuanto que hace nacer una realidad que no existía con anterioridad. No se pierde de vista con esta orientación el palpable dato de la ley. Pero esta no puede entificarse, objetivarse, si no es encarnándose en las personas a través del juicio, esto es, personalizándose. Toda norma por su propia naturaleza está en blanco: es el juez el que la rellena encontrando los valores correspondientes, esto es, valorando los hechos. Por ello me parece que puede someterse a una cierta crítica la anunciada estabilidad que proporciona la ley. Si bien esto puede ser cierto a nivel de aspiración colectiva, me parece muy difícil atestiguarlo a nivel individual, sobre todo teniendo en cuenta la propia experiencia del proceso. Para el sujeto que se ve obligado a desenvolverse en éste, a devenir procesalmente, le falta por completo la seguridad que teóricamente debía proporcionarle la ley. La inseguridad en que se encuentra clama necesariamente por la recreación de la norma, de la *lex specialis* de su vivencia concreta. que plantea procesalmente. El sujeto ya cumple su participación sometiéndose al proceso: la ley para el individuo resulta del adecuado instrumento que usa. Puede que esto explique en gran medida el sentimiento de crisis que nos invade ante la insuficiencia del derecho. Se habla de crisis del derecho en un sentido desalentador, como pérdida de los valores que el derecho debe subvenir. Sin duda se olvida que el derecho es esencialmente crisis. La crisis del derecho, esa sensación, no expresa más que su continuo nacimiento por obra del juicio, resultado que está al margen de lo que se entiende por estabilidad. (MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P.201-204)

Evidencia-se assim o apresentar de uma nova consciência filosófica, desprendida da filosofia iluminista⁹³⁹, devendo ser possibilitada a Ciência Processual a hermenéutica fenomenológica acertada com a filosofia prática⁹⁴⁰ criadora assim um novo horizonte e se revela

⁹³⁹Uma de las experiencias amargas del racionalismo y del empirismo, de toda la Ilustración, fue que mientras se estaba trabajando en eliminar los prejuicios superficiales había otros que podían sobrevivir sin ser reconocidos, y que había fuentes de resurgimiento de los prejuicios que no eran fáciles de secar. Cuanto mayor era el refinamiento para desnudar los prejuicios, mayor era también el asombro de ver a qué profundidad y cuán crípticamente existían. Esta peculiar retirada del frente de los prejuicios con el avance de su investigación y crítica ha continuado hasta nuestro siglo, has el psicoanálisis y la crítica de la ideología. Considero que la fenomenología no ha dado a entender con suficiente claridad que tenía un aporte decisivo que hacer sobre esta temática: en forma de un análisis fenomenológico del mundo de la vida. Las ilustraciones han fracasado por haber subestimado el prejuicio. Sus descripciones de los prejuicios siempre han sugerido que tiene que ser posible acabar de una buena vez con ellos. ¿En qué consiste esta subestimación? Consiste en desconocer el hecho de que los prejuicios forman parte de una totalidad, que son restos de una totalidad o que todavía siguen conformando una totalidad, aunque en cierto modo agujereada por la racionalidad. Pero esa totalidad no puede ser comprendida por su contenido; todo lo que es contenido ya ha sido deducido de ella, es secundario, es fósil. Esta totalidad es la del mundo de la vida. (BLUMENBERG, Hans. **Teoría del Mundo de la Vida**. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013. P. 133-134)

⁹⁴⁰La hermenéutica comparte también con la fenomenología la tesis del carácter derivado de los significados del orden lingüístico. En este sentido, es fácil remontar las tesis bien conocidas de la hermenéutica a su raíz fenomenológica. Si se parte de las tesis más recientes, las de Gadamer, se puede ver que, hasta en la composición de *Wahrheit und Methode*, se refleja esta constatación del carácter secundario de la problemática del lenguaje. Si bien es cierto que toda experiencia tiene una dimensión lingüística y que esta *Sprachlichkeit* impregna y atraviesa toda experiencia, sin embargo una filosofía hermenéutica no debe comenzar por la *Sprachlichkeit*. En primer lugar debe decir lo que llega al lenguaje. Por esta razón la filosofía comienza por la experiencia del arte, que no es necesariamente lingüística. Es más, es esta experiencia del juego, tanto en el sentido lúdico como en el sentido teatral de la palabra. Efectivamente, la filosofía ve en la participación de los jugadores en el juego la primera experiencia de pertenencia susceptible de ser interrogada por el filósofo. Y en el juego ve constituirse la función de exhibición o de presentación (*Darstellung*), la cual, sin duda, apela al médium lingüístico, pero que en justicia precede y sostiene el discurso. Tampoco el discurso es lo primero en el segundo grupo de experiencias interpretadas en *Wahrheit und Methode*. La conciencia de estar expuesto a los efectos de la historia, que hace imposible la reflexión total sobre los prejuicios y precede a toda objetivación del pasado por parte del historiador, no es reductible a los aspectos propiamente lingüísticos de la transmisión del pasado. Textos, documentos y monumentos sólo representan una mediación entre otras, por arquetípica que sea en función de las razones antes mencionadas. El juego de la distancia y de la proximidad, constitutivo de la conexión histórica, es algo que llega al lenguaje y no algo que éste produce. Esta manera de subordinar la *Sprachlichkeit* a la experiencia que llega al lenguaje es perfectamente fiel a la postura de Heidegger en *Sein und Zeit*. Recordemos que la Analítica del *Dasein* subordina el plano del enunciado (*Aussage*), que es también el de significados lógicos, es decir, de los significados propiamente dichos (*Bedeutungen*), al plano del discurso (*Rede*), que es, dice, "co-originario" con el orden de la situación (*Bejindlichkeit*) y el de la comprensión (*Verstehen*), que es también el del proyecto. De este modo el orden lógico está precedido por un decir que es solidario con un encontrarse y un comprender. El orden de los enunciados no puede pretender ninguna autonomía. Éste remite a las estructuras existenciales constitutivas del ser en el mundo. Esta remisión del orden lingüístico a la estructura de la experiencia (que en el enunciado llega al lenguaje) constituye, a mi juicio, el presupuesto fenomenológico más importante de la hermenéutica. Desde la época de las Investigaciones lógicas, en efecto, se puede percibir el movimiento que permite encuadrar el significado lógico, es decir, contemporáneo de las expresiones lógicas de nuestro lenguaje en una teoría general de la intencionalidad. Ese movimiento implicaba que el modelo de la relación intencional pasa del plano lógico al plano perceptivo, donde se forma nuestra primera relación significativa en la cosa. Al mismo tiempo, la fenomenología pasa del plano predicativo y apofántico del significado, donde siguen aún las Investigaciones lógicas, a un plano propiamente antepredicativo, en el que el análisis noemático precede al análisis lingüístico. Así, en *Ideen I*, Husserl llega a decir que el estrato de la expresión es un estrato esencialmente "improductivo". Y, en efecto, el análisis de las correlaciones noético/noemáticas puede llevarse muy lejos sin que haya que considerar la articulación lingüística en cuanto tal. El nivel estratégico propio de la fenomenología está constituido entonces por el noema con sus modificaciones (presencia, traer a presencia, recuerdos, fantasmas, etcétera), sus modos de creencia (certeza, duda, cálculo, etcétera) y sus grados de actualidad y de potencialidad. Esta constitución del noema completo precede al plano propiamente lingüístico, en el que se articulan las funciones de denominación, de predicación, de conexión sintáctica, etcétera. Esta manera de subordinar el plano lingüístico al plano

extremamente fecundo ao pensamento de nosso século, posta diretamente em uma filosofia científica proveniente da realidade social do Homem<saber, assim despertando de um sono profundo, visado com isso a existência e sua compreensão que dota a função jurisdicional de uma compreensão hermenêutica no tocante à dialética-dialogal reflexiva exposta pelas interpretações estabelecidas com o jogo processual e acertadas como gênese do direito junto à fundamentação da decisão.

Ocorre distintamente do que a filosofia da consciência vem a delinear com a mera aplicação da lei como filosofia da consciência, problema inaugurado com o Iluminismo, erigido em uma ideologia totalitária na formação da lei. Diferencia-se fundamentalmente a *aplicação* do direito e a *compreensão hermenêutica* do direito.

Some-se ao exposto que a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da motivação. Por muitas vezes, tentou-se estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade, ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto⁹⁴¹, pois neste contexto a hermenêutica encontra-se em um lugar que intermediou: entre a familiaridade e a estranheza.⁹⁴²

A compreensão hermenêutica operada junto a dinamicidade processual em uma notável governança das partes, acumula as projeções dos objetos processuais - que se encontram estáticos e logo procuram a dinamicidade com conteúdo fenomênico conflitual - expondo o círculo hermenêutico para desocultar o fenômeno em sua conformação textual e contextual. Essas metáforas vivas expostas ao fenômeno conflitológico de interesses projetam-se em um desocultamento do fenômeno em um jogo dialético-dialogal processual. Exige esse jogo do Estado-Juiz conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido na sua continuidade com o presente, e isto é o que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa,

prelingüístico del análisis noemático es, a mi juicio, ejemplar para la hermenéutica. Cuando ésta subordina la experiencia lingüística al todo de nuestra experiencia estética e histórica continúa, en el plano de las ciencias del espíritu, el movimiento iniciado por Husserl en el plano de la experiencia perceptiva. (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 57)

⁹⁴¹STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 268.

⁹⁴²DE ZAN, Julio. **La ética, los derechos y la justicia**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2004. P. 276.

quando procura realizar a sobrevivência do direito como um *continuum* e salvaguardar a tradição da ideia jurídica.^{943,944}

El desocultamiento del ser es siempre verdade del ser del ente, sea éste efectivo o no. A la inversa, em el desocultamiento del ente, reside ya el de su ser. La verdade ótica y la ontológica corresponden, cada una distintamente al ente em su ser y al ser del ente. Se comportenecen esencialmente em razón de su referencia a la diferencia de ser y ente (diferencia ontológica). La esencia de la verdad en general, bifurcada necesariamente de este modo, en óticaontológica, sólo es posible por la irrupción de esta diferencia. Si lo característico del Dasein, reside em que se comporta con el ente, comprendiendo el ser, entonces este poder-diferenciar por el cual se vuelve fáctica la diferencia ontológica, tiene que haber afinado las raíces de su propia posibilidad em el fundamento de la esencia del Dasein. Anticipadamente llamamos a este fundamento de la diferencia ontológica la trascendencia del Dasein. Si se caracteriza todo comportamiento hacia el ente como intencional, entonces la intencionalidad sólo es posible sobre el fundamento de la trascendencia, pero ni es idéntica con ésta, ni es siquiera a la inversa la posibilidad de la trascendencia.⁹⁴⁵

⁹⁴³Sendo assim, é razoável que nos interessemos agora em particular pela divergência entre hermenêutica jurídica e hermenêutica histórica, estudando os casos em que uma e outra se ocupam do mesmo objeto, isto é, os casos em que textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente e compreendidos historicamente. Trata-se de investigar o comportamento do historiador jurídico e do jurista, comportamento que assu- /"mem com respeito a um mesmo texto jurídico, dado e vigente. Para isso podemos tomar como base os excelentes trabalhos de E. Betti, acrescentando nossas considerações às suas. Nossa pergunta vai no sentido de saber se a diferença entre o interesse dogmático e o interesse histórico é uma diferença unívoca. Que existe uma diferença é evidente. O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. O historiador não pode contentar-se, portanto, em oferecer a aplicação originária da lei para determinar seu sentido originário. Enquanto historiador, ele está obrigado a fazer justiça às mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual. Não me pareceria suficiente limitar a tarefa do historiador do direito à "reconstrução do sentido original do conteúdo da fórmula legal", e ao contrário, dizer do jurista, que "ele deve, além disso, pôr em concordância aquele conteúdo, com a atualidade presente da vida". Uma delimitação desse tipo implicaria que o labor do jurista é o mais amplo, e incluiria em si também o do historiador. Quem quiser adaptar adequadamente o sentido de uma lei tem de conhecer também o seu conteúdo de sentido originário. Ele tem de pensar também em termos histórico-jurídicos. Só que a compreensão histórica não seria, aqui, mais do que um meio para um fim. Na direção oposta, a tarefa jurídico-dogmática não interessa ao historiador como tal. Como historiador ele se movimenta numa contínua confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em seu valor posicional na história, enquanto que o jurista, além disso, procura reconduzir essa compreensão para a sua adaptação ao presente jurídico. A descrição de Betti trilha mais ou menos esse caminho. o problema é agora saber se o comportamento do historiador foi visto e descrito suficientemente. No nosso exemplo, como se produz a mudança rumo ao histórico? Ante a lei vigente, vivemos já de antemão com a ideia natural de que seu sentido jurídico é unívoco e que a práxis jurídica do presente se limita a seguir simplesmente o seu sentido original. Se isso fosse sempre assim não haveria razão para distinguir entre sentido jurídico e sentido histórico de uma lei. O mesmo jurista não teria outra tarefa hermenêutica senão a de comprovar o sentido original da lei e aplicá-lo como correto. Savigny, em 1840, descreveu a tarefa da hermenêutica jurídica como puramente histórica (no System des romischen Rechts). Assim como Schleiermacher não via problema algum em que o intérprete tenha de se equiparar ao leitor originário, também Savigny ignora a tensão entre sentido jurídico originário e atual. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 483-486)

⁹⁴⁴CALAMANDREI, Piero. Il Giudice e lo Storico. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, 1939, Vol.XVI, parte I, Padova, Pp.105-128.

⁹⁴⁵Verdad significa, por consiguiente, acuerdo (Einstimmigkeit), que por su parte sólo es tal como correspondencia (Übereinstimmung), con aquello que se manifiesta em la identidad como unido (Einiges). Las "verdades" - enunciados verdaderos - toman su naturaleza por referencia a algo em razón de lo cual pueden ser acuerdos. Em toda verdad el enlace distintivo es lo que es, siempre em razón de..., es decir, como algo "que se fundamenta". Por tanto, es inherente a la verdad una referencia esencial a algo semejante a "fundamento" (Grund). Entonces, em

problema de la verdad nos pone necesariamente en la “cercanía” del problema del fundamento. Por eso cuanto más originariamente nos apoderamos de la esencia de la verdad, tanto más urgente será el problema del fundamento. ¿Pero más allá de esta delimitación de la esencia de la verdad como carácter del enunciado, se puede alegar aun algo más originario? Nada menos que la comprensión de que esta determinación de la esencia de la verdad - sea como fuere su formulación particular- es, por cierto, ineludible, pero sin embargo, derivada. La correspondencia del nexus con el ente, y conforme a ella, su acuerdo, no hacen primariamente (primär) accesible el ente, como tal. Este, como el posible “sobre el cual” (worüber) de una determinación predicativa, debe ser evidente antes de esta predicación y para ella. La predicación para llegar a ser posible, ha de poder afincarse en un hacer manifiesto (Offenbarmachen), que tiene carácter no predicativo. La verdad proposicional está enraizada, en una verdad más originaria (desocultamiento), en la patencia antepredicativa del ente, que llamaremos verdad óptica. De acuerdo con las diversas especies y ámbitos del ente, cambia el carácter de su posible patencia y los correspondientes modos de la determinación interpretativa. Así por ej. Se diferencia específicamente la verdad de lo presente-fáctico (vorhandene) (por ejemplo de las cosas materiales) por su carácter manifiesto (Entdecktheit), de la verdad del ente que nosotros mismos somos, de la apertura del Dasein existente. Por más variada que sea la diferencia de estas dos especies de verdad óptica, vale para toda patencia ante-predicativa el que el hacerse manifiesto no tiene nunca, primariamente, el carácter de un mero representar (intuir), ni aun en la contemplación estética. La caracterización de la verdad ante-predicativa como intuición está, por eso, muy próxima, porque la verdad óptica, y presumiblemente verdadera, se determina en primer término como verdad proposicional, es decir, como “enlace de representaciones”. Lo más simple frente a éste es entonces un representar llano, libre de enlace. Este tiene por cierto su propia función para la objetivización del ente, por cierto, ya siempre necesariamente patente. Pero lo óptico patente acontece en un encontrarse en medio del ente (Sichbefinden), impulsivo y conforme al temple de ánimo, y en las actitudes hacia el ente co-fundamentadas en la aspiración y la volición. Pero ni aun éstas son capaces- sea que se interpreten como ante-predicativas o como predicativas de hacer accesible al ente en sí mismo, si su patencia no está ya de antemano iluminada y orientada por una comprensión del ser del ente (Constitución del ser: quiddidad y modalidad). Sólo el descubrimiento del ser posibilita la patencia del ente. Este descubrimiento como verdad sobre el ser se llamará verdad ontológica. Por cierto, los términos “ontología” y “ontológico” son multívocos, tanto es así que se oculta justamente el problema peculiar de una ontología. Dogoz, del ou significa: interpelar (legein) al ente como ente, pero al mismo tiempo significa aquello sobre lo que el ente es interpelado (legomenon). Interpelar algo en cuanto algo no quiere decir aun, necesariamente, comprender en su esencia lo así interpelado. La comprensión del ser (logoz en su significado más amplio) que orienta y aclara previamente toda actitud hacia el ente, no es ni un captar al ser como tal, ni siquiera un comprender lo así captado (logoz en su significado más restringido = concepto “ontológico”). La comprensión del ser, que no ha llegado aun al concepto la llamamos, por eso, pre-ontológica o también ontológica en sentido amplio. Concebir el ser presupone que la comprensión del ser se ha configurado a sí misma y que el ser comprendido en ella, proyectado en general y de algún modo descubierto, se ha constituido propiamente en tema y problema. Entre la comprensión preontológica del ser y la problemática más explícita de la concepción del ser, hay múltiples grados. Uno característico por ejemplo, es el proyecto de la constitución del ser del ente, por el cual se traza al mismo tiempo un campo determinado (naturaleza, historia) como ámbito de una posible objetivización por medio del conocimiento científico. La previa determinación del ser de la naturaleza en general (quiddidad y modalidad) se afianza en los “conceptos fundamentales” de la respectiva ciencia. En estos conceptos se delimitan por ejemplo espacio, lugar, tiempo, movimiento, masa, fuerza, velocidad, pero sin embargo, la esencia del tiempo, o del movimiento, no llega a ser un problema propio. La comprensión del ser del ente presente fácticamente es llevada en este caso a concepto, pero la determinación conceptual de tiempo y lugar, etc., las definiciones, están reguladas, según el punto de partida y la amplitud, únicamente por el planteamiento fundamental que se aplica al ente en la respectiva ciencia. Los conceptos fundamentales de la ciencia actual no contienen ya los “auténticos” conceptos ontológicos del ser del respectivo ente, ni permiten alcanzar éstos únicamente por una ampliación “conveniente” de aquellos. Más bien deben obtenerse los conceptos ontológicos originarios antes de toda definición científica de un concepto fundamental, de tal modo que a partir de ellos sea apreciable en qué modo restrictivo, y en cada caso, a partir de un determinado punto de vista que circunscribe, los conceptos fundamentales de las ciencias alcanzan el ser captable en los conceptos puramente ontológicos. El “factum” de las ciencias, es decir, el componente fáctico de comprensión del ser, incluido en ellas tan necesariamente como en toda actitud hacia el ente, no es ni instancia de fundamentación para el A priori, ni fuente del conocimiento del mismo, sino sólo una posible e incitadora indicación de la constitución originaria del ser, por ejemplo, de la historia o de la naturaleza, una indicación que debe permanecer aun sujeta a la crítica permanente, que ya ha tomado su orientación en la problemática fundamental de todo preguntar por el ser del ente. Los posibles grados y modificaciones de la verdad ontológica en sentido amplio, denuncian al mismo tiempo la riqueza de aquello que como verdad originaria está en el fundamento de toda verdad óptica. (Segue a continuação do trecho citado no corpo do texto). (HEIDEGGER, Martin. *Ser, Verdad y Fundamento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. P. 10-15)

O fenômeno conflitual, operado o círculo hermenêutico e sendo desvelado, depois de ter retomado o curso do tempo remexendo no passado, o Juiz tem de dirigir para o futuro; depois de ter estabelecido o que foi, tem de estabelecer o que será, projetando assim a adaptação existencial.^{946, 947}

Essa fusão entre Juiz e Historiador se dá pela *interrogação no que tange à hermenêutica de cunho filosófico*, perguntando e respondendo, a conversação, o diálogo: são fenômenos fundamentais da hermenêutica fenomenológica. A compreensão e a pré-compreensão são uma condição de conversação aberta entre passado e presente, em que um Intérprete põe tudo o que tem a servi-lo de reconstruir um sentido dialético-dialogal com a tradição “*Lo que da vida a los así llamados hechos históricos es nuestro interés presente, que los impulsa a una siempre renovada reconstrucción.*”⁹⁴⁸ em uma relação texto contexto:

La historia comienza cuando se deja de comprender inmediatamente y se emprende la reconstrucción del encadenamiento de los antecedentes según articulaciones diferentes de las de los motivos y de las razones alegados por los actores de la historia.

⁹⁴⁶Por mais distinto que sejam Carnelutti e Gadamer, note-se que o papel do historiador é fundamental para o Direito, pois: “Foi dito que o juiz faz história; não é tudo o que se deve dizer dele, mas o certo é que a primeira de suas responsabilidades é exatamente o da história, ou melhor, o da historiografia, concebida em seus termos mais estritos e infelizmente insuficientes. O historiador perscruta no passado para saber como ocorreram as coisas. Os juízos que ele pronuncia são, portanto, juízos de realidade ou, mais exatamente, juízos de existência; em outras palavras, juízos históricos. Um fato aconteceu ou não. O juiz, a princípio, encontra-se diante de uma hipótese; não sabe como aconteceram as coisas, se soubesse, se estivesse estado presente aos fatos sobre os quais deve julgar, não seria juiz, e sim testemunha, e se decide, precisamente, converte a hipótese em tese, adquirindo a certeza de que aconteceu ou não um fato, ou seja, certificando esse fato. Estar certo de um fato quer dizer conhecê-lo como se o tivesse presenciado. Para estar certo de um fato que não se viu, é necessário ver outros fatos dos quais, de acordo com a experiência, pode dizer-se que, se aconteceram, o fato desconhecido aconteceu por sua vez ou não. O juízo de existência exige, pois, antes de tudo, do juiz uma atividade perceptiva: deve aguçar a vista e o ouvido e estar muito atento a olhar e a escutar algo. Os fatos que o juiz olha ou escuta chamam-se provas. As provas (de probare) são fatos presentes sobre os quais se controia a probabilidade de existência ou de inexistência de um fato passado; a certeza se resolve, a rigor, em uma máxima probabilidade. Um juízo sem provas não se pode pronunciar; um juízo não se pode fazer sem provas. Todo modo de ser do mundo exterior pode construir uma prova. Por isso a atividade do juiz exige uma constante e paciente atenção sobre os homens e sobre as coisas que estão em relação com o fato desconhecido que se lhe pede declarar certo, a literatura policial fez do domínio público estas noções. (CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. P. 49-50 e 59)

⁹⁴⁷VELLOSO, aponta que o Juiz e o Historiador de forma idêntica atuam, pois: ...particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin hechos afirmados que le sirvan de sustento. De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idêntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado en el presente debe analizar hechos que se dicen cumplidos en el pasado. Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido -y, por ello, los muestra y glosa- el juzgador debe encuadrarlos necesariamente en la norma Jurídica (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para lo futuro, declarando un Derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta. En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el presente los hechos acaecidos en el pasado y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el futuro para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales. (VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La Prueba Judicial** (Reflexiones críticas sobre la Confirmación Procesal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. P. 29-30)

⁹⁴⁸BAUMAN, Zygmunt. **La Hermenéutica y las Ciencias Sociales**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007, P. 39.

La dificultad para la epistemología consiste en mostrar cómo la explicación se añade, se superpone o aun sustituye a la comprensión inmediata del curso de la historia pasada.⁹⁴⁹

⁹⁴⁹Propondría que digamos, con algunos autores, que la comprensión histórica en la que se incorpora la explicación pone en juego una competencia específica, la competencia para seguir una historia, en el sentido de una historia que se relata. Entre relatar y seguir una historia hay una relación recíproca que define un juego de lenguaje totalmente primitivo. Volvemos a encontrar la noción de relato, pero para agregarle nuevos rasgos que la teoría de la historia permite percibir y desarrollar. Seguir una historia, en efecto, es comprender una sucesión de acciones, pensamientos, sentimientos que presentan a la vez cierta dirección pero también sorpresas (coincidencias, reconocimientos, revelaciones, etcétera). Así, la conclusión de la historia nunca es ni deducible ni predecible. Por eso es necesario seguir el desarrollo. Pero tampoco la historia debe ser deshilvanada: aunque no sea deducible, su desenlace debe ser aceptable. Así, en toda historia relatada existe un nexo de continuidad lógica totalmente específico, puesto que el desenlace debe ser a la vez contingente y aceptable. Esta es la comprensión básica sin la cual no habría ni narración, ni historia, ni story, ni history. El lector no dirige su interés a las presuntas leyes subyacentes, sino hacia el giro que toma esta historia singular. Seguir una historia es una actividad del todo específica, mediante la cual anticipamos sin cesar un curso ulterior y un desenlace, y corregimos correlativamente nuestras anticipaciones, hasta que coinciden con el desenlace real. Entonces decimos que hemos comprendido. Este punto de partida de la comprensión difiere del que propone la teoría endopática, que deja de lado completamente la especificidad del elemento narrativo, tanto en la historia relatada como en la historia seguida. Por eso una teoría que basa la comprensión en el elemento narrativo permite dar cuenta mejor del paso de la comprensión a la explicación. Mientras que la explicación parecía forzar la comprensión, entendida como captación inmediata de las intenciones de otro, naturalmente prolonga la comprensión, entendida como implementación de la competencia para seguir un relato. Pues un relato raramente es autoexplicativo. La contingencia que se combina con la aceptabilidad reclama la pregunta, la interrogación. Entonces el interés por la continuación -"y después?"-, pregunta el niño- es continuado por el interés por las razones, los motivos, las Causas: "por qué", pregunta el adulto. El relato adquiere así una estructura lacunaria en la que el por qué procede espontáneamente del qué. Pero, a su vez, la explicación no tiene autonomía. Su virtud y su efecto consiste en permitir que se siga más y mejor la historia cuando fracasa la comprensión espontánea de primer grado. [...] ***Ese es el juego alternado de la comprensión y de la explicación en historia. Este juego no difiere fundamentalmente del que la teoría del texto y la teoría de la acción ya nos habían permitido percibir. Este resultado, una vez más, no es sorprendente en la medida en que la historia combina la teoría del texto y la teoría de la acción en una teoría del relato verdadero de las acciones de los hombres del pasado.*** Mi conclusión será doble. En el plano epistemológico, en primer lugar, diré que no hay dos métodos, el explicativo y el comprensivo. Estrictamente hablando, sólo la explicación es algo metodológico. La comprensión es más bien el momento no metodológico que, en las ciencias de la interpretación, se combina con el momento metodológico de la explicación. Este momento precede, acompaña, clausura y, así, envuelve a la explicación. A su vez, la explicación desarrolla analíticamente la comprensión. Este vínculo dialéctico entre explicar y comprender tiene como consecuencia una relación muy compleja y paradójica entre ciencias humanas y ciencias naturales. Ni dualidad, ni monismo. En efecto, en la medida en que los procedimientos explicativos de las ciencias humanas son homogéneos a los de las ciencias naturales, la continuidad de las ciencias está asegurada. Pero en la medida en que la comprensión aporta un componente específico -en la forma, sea de la comprensión de los signos en la teoría de los textos, de la comprensión de las intenciones y de los motivos en la teoría de la acción o de la competencia para seguir un relato en la teoría de la historia-, en esta medida, la discontinuidad entre las dos regiones del saber es insuperable. Pero discontinuidad y continuidad se combinan entre las ciencias como la comprensión y la explicación en las ciencias. Segunda conclusión: la reflexión epistemológica conduce, por el movimiento mismo del argumento, como lo sugerí en la introducción, a una reflexión más fundamental sobre las condiciones ontológicas de la dialéctica entre explicar y comprender. Si la filosofía se preocupa del comprender es porque da testimonio, en el corazón de la epistemología, de una pertinencia de nuestro ser al ser que precede toda objetivación, toda oposición de un objeto a un sujeto. Si la palabra "comprensión" tiene tal densidad es porque designa el polo no metodológico, dialécticamente opuesto al polo de la explicación en toda ciencia interpretativa y constituye al mismo tiempo el índice ya no metodológico sino propiamente de verdad de la relación ontológica de pertenencia de nuestro ser a los seres y al Ser. Ésa es la rica ambigüedad de la palabra "comprender", que designa un momento en la teoría del método, lo que hemos llamado el polo no metodológico, y también la aprehensión, en otro nivel diferente del científico, de nuestra pertenencia al conjunto de lo que es. Pero recaeríamos en una ruinosa dicotomía si la filosofía, después de haber renunciado a suscitar o a mantener un cisma metodológico, reconstituyera un reino del puro comprender en ese nuevo nivel de radicalidad. Me parece que la filosofía no tiene sólo la tarea de dar cuenta, en un discurso diferente del científico, de la relación primordial de pertenencia entre el ser que somos y una región de ser que alguna ciencia elabora como objeto mediante los procedimientos metodológicos apropiados. También debe ser capaz de dar cuenta del movimiento de distanciamiento por el cual esta relación de pertenencia exige la

Portanto, esse Intérprete apreende um sentido que tem pretensão de ser verdade, e não mentira (falsidade ou erro), apresentando-. A compreensão e a pré-compreensão vinculam-se a uma determinada noção de verdade, e não precisamente a de adequação do subjetivo e do objetivo.⁹⁵⁰ Encontra-se a figura (ou parte) mais relevante diante de um Processo, que é a do Juiz, e este tem como missão desvelar o fenômeno conflitológico de interesses exposto junto ao caso-problema que se insere com a dinâmica própria da indagação-interrogação, ou melhor, visa-se a sua construção a significação dos fatos (fenomenologia da facticidade) que foram produzidos para que assente-se a verdade a ser desocultada-desvelada.

Disso resulta, que o Juiz além da observância do processo justo para que venha a se realizar o contraditório e a ampla defesa e a adequada produção de provas, deve assentar-se na “ádua missão” da construção de adaptação existência.⁹⁵¹ Deve-se implantar um plano rigoroso de investigação nas indagações propiciadas pelo jogo dialético-dialogal processual em seus casos-problemas concretos. Isso corresponde dizer, partindo de uma situação originária, recém lograda. Fim: a situação hermenêutica (ela mesma é investigação, desocultamente,

objetivación, el tratamiento objetivo y objetivante de las ciencias y, de ese modo, el movimiento mediante el cual explicación y comprensión aparecen en el plano propiamente epistemológico. Me detengo en el umbral de esta difícil investigación. (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 164 e 165-168)

⁹⁵⁰A **tradição** para RUBIO que melhor resume GADAMER: “no es un ser fijo rescatable mediante la hermenéutica metodológica. La historia, la reflexión histórica, toma conciencia ella misma de que es histórica. La comprensión no es un procedimiento que tenga que eliminar el obstáculo de la tradición. La comprensión es un fenómeno histórico, un continuum del que forman parte tanto el intérprete como aquello que es comprendido. Aplicado esto a los textos, la tradición no es un obstáculo colocado entre el texto y el lector. La tradición se hace presente tanto en el texto como en el lector, los une y los separa, es su condición fundamental de posibilidad. El intérprete intenta de comprender el pasado y es condicionado por la tradición, y lo es porque pertenece a la misma y no elige arbitrariamente sus puntos de vista. La tradición impone a todos, de modo vinculante, las formas de comprensión no reflexiva. Luego, iremos tomando conciencia de toda esa trama de prejuicios, esto es la pre-estructura de la comprensión. No hay método, sino círculo; tampoco hay estructura metodológica, esto es, el intérprete no accede como sujeto al objeto que pudiera ser la tradición. El intérprete forma parte de la tradición, de modo que ésta media la experiencia que el intérprete experimenta de la tradición. La conciencia hermenéutica gadameriana se entiende como abierta a la alteridad. Efectivamente, la tradición es un otro que le habla al intérprete, un interlocutor que le interpela, le habla como si fuera un tú. No es una relación inane de sujetos y objetos sino una relación moral entre un tú y otro tú. La experiencia hermenéutica tiene carácter moral, porque si bien el otro es alguien que se pone o construye, hay que refrenar el impulso de dominar ese tú; hay que reconocerlo como un yo. Entender al otro transforma. Alguien que quiere decirnos algo, la tradición, y hay que respetar y escuchar eso que quiere decirnos, para luego dialogar con ella. La comprensión, por tanto, tendrá estructura de conversación o diálogo. Y este modelo de comprensión no se basa en el esquema cerrado de sujeto-objeto, sino en el esquema abierto de preguntas y respuestas, en el que texto e intérprete se reconocen recíprocamente y juegan en posiciones cambiantes y alternativas. (RUBIO, Fco. Javier Benítez. **La restauración de la dimensión originaria de la verdad en Gadamer**. Disponível em < <https://www.scribd.com/document/174868188/Benitez-Rubio-Fco-Javier-LA-RESTAURACION-DE-LA-DIMENSION-ORIGINARIA-DE-LA-VERDAD-EN-GADAMER>> Acessado em 07/02/2018. P. 17-19 e 27)

⁹⁵¹Creemos que el tema se sale de sus cauces adecuados cuando se parte de la premisa de que la misión del juez civil dentro de un proceso contencioso con contradictorio y con producción de prueba, es encontrar la verdad del caso. (PEYRANO, Jorge W. **El Juez y la Búsqueda de la Verdad en el Proceso Civil**. Disponível em < <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/eljuezy laverdad.pdf>> Acesso em: 07/02/2018. P. 2)

desvelamento) – questionabilidade. Respeito as indagações geradas pelo caso-problema, sempre em seu lugar efetual: histórico; Aristóteles, Santo Agostinho, Parmênides (a hermenêutica é desconstrução). Somente desta maneira demonstra a originalidade de seu aporte investigativo para concluir sua compreensão hermenêutica, hermenêutico-desconstrutiva⁹⁵².⁹⁵³

*Por isso, com o fim de entender essa maneira de trabalhar o lugar, se faz necessário começo a encaminhar-se a uma fenomenologia – não uma psicologia – da percepção. Faz-se um pensamento que procuraria não já explicar a magia dos efeitos perceptivos – desvelados pelo círculo hermenêutico -, sem implicar nele o que nos já é absoluto “de ordem de efeito”: a saber, um ser, um sujeito que se abre ao lugar. É necessário pensar o lugar visual mais além das formas visíveis que circunscrevem sua capacidade, é necessário pensar o olhar mais além dos olhos, posto que no sonho também olhamos com os olhos completamente fechados.*⁹⁵⁴

Nova consciência que oportunize “el de la interacción dialógica y comunicativa entre diferencias, y en este sentido se puede decir que el multiculturalismo, el pluralismo que caracteriza las sociedades contemporáneas representa un terreno y un contexto particularmente propicio para el desarrollo de un enfoque *hermenéutico*.”⁹⁵⁵

La hermenéutica nos impone volver a tematizar radicalmente nuestra relación con la verdad y renunciar a la ilusión de la elaboración de un método para cogerla y hacemos dueños de ella; nos impone reconocer la indivisibilidad de las actividades de conocer e interpretar y reformular completamente nuestra manera de concebir la filosofía del

⁹⁵²HEIDEGGER, Martin. **Ontología**. Fenomenología de la Facticidad. Madrid: Alianza Editorial, 2000. P. 135.

⁹⁵³ADORNO, Theodor W. **Dialéctica Negativa**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

⁹⁵⁴DIDI-HUBERMAN, Georges. **El Hombre que Andaba en el Color**. Madrid: Abada, 2014. P. 77.

⁹⁵⁵El principio hermenéutico que – no lo olvidemos – niega la individualidad de los principios antes de la comprensión y la interpretación individual, proporciona la directriz para componer, según las circunstancias, las tensiones y desacuerdos que surgen de un caso a otro, aduciendo los argumentos más orientados a preservar el pluralismo y, conjuntamente, esos principios de cohesión social y de promoción de los intereses comunes que son estructuralmente orgánicos a la vida del derecho. Este último se convierte, por lo tanto, en el lugar de la administración y del gobierno del desacuerdo (Waldron) y delinea un programa de finalidades que se podrá implementar en la mayor medida posible y, de todas maneras, en relación a las características específicas de los casos concretos (Mengoni 1996, p. 102 y ss.). Hay, pues, otro tipo de pluralismo sin duda relevante para el derecho: es el pluralismo que resulta de la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos, que llega hasta el punto de expresar el fenómeno de la pluralidad de los sujetos productores de derecho que se encuentran en diferentes planos y niveles jurídicos, y que aceptan no proponerse como exclusivos. Bonaventura de Sousa Santos, muy oportunamente, ha desarrollado dentro de su teoría el concepto de interlegality para definir, con precisión, el fenómeno actual que consiste en la intersección y, algunas veces, en la competencia (Plaia 2007) entre distintos ordenamientos jurídicos. Un fenómeno caracterizado por un gran dinamismo, inestabilidad y, a veces, conflictividad entre las personas, espacios y materiales jurídicos que se superponen (Surace). También con respecto a este conjunto de fenómenos, la concepción de derecho como una práctica social, así como la noción de normatividad concreta que la inspira, constituyen un importante paso adelante. (ZACCARIA, Giuseppe. **Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción**. Disponible em: < <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf> >. Acessado em: 30/12/2017)

conocimiento y hasta la filosofía en general, que asimismo adquiere un radical carácter hermenéutico.⁹⁵⁶

Isso significa que para a hermenêutica a história da filosofia é condição de possibilidade do filosofar, e a representação sintático-semântica dos conceitos é apenas a superfície de algo muito mais profundo. Deve-se insistir, ainda, em ancorar a presente discussão na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pela nova consciência da filosofia pelo giro ontológico-linguístico. Por este aspecto, defende-se uma nova consciência da filosofia voltada à hermenêutica cunhada pelo giro ontológico-linguístico. O giro ontológico-linguístico “liberta” a filosofia do *fundamentum* que, da essência, portanto, nasce como uma experiência intersubjetiva⁹⁵⁷ que está plasmada na ideia de que a linguagem, a condição de possibilidade para acessarmos o mundo passará, na modernidade, para a consciência.⁹⁵⁸

A nova consciência filosófica é ampliada ao direito, dado que, primeiro, explanado que o direito se encontra aprisionado pelo relativismo metafísico que esgota sua captação formal,

⁹⁵⁶D'AGOSTINO, Francesco. **Interpretación y Hermenéutica**. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12/12/2017. P. 43-44.

⁹⁵⁷En mi caso específico, el camino – muy diferente y, en cierto sentido, paralelo al de Kaufmann – que me ha llevado a «elegir la hermenéutica» a fin de que el jurista adquiriera la plena intensidad teórica del tema «interpretación», parte de otras bases filosóficas y de una reflexión simultánea que, en el plano filosófico general, aspira a abandonar el dualismo y la separación entre el ser y el deber ser en nombre de la concreción de la existencia, del mundo práctico de los hombres, en el que no existe ningún límite entre realidad y valor; mientras que, en el plano del método jurídico, halla en la comprensión del derecho una praxis que, materializando las reglas, participa en el proceso más amplio de formación del derecho, atribuible a una pluralidad amplia de sujetos. Esta orientación se incluye en una perspectiva más extensa de «retorno de la filosofía del derecho a la filosofía», de rehabilitación de la razón práctica que, en el sector específico filosófico y jurídico, ve el derecho como una praxis social compleja que resulta de unos procesos intersubjetivos de acción en los que las normas, en movimiento continuo, se entrecruzan con actitudes interpretativas. En pocas palabras, considero que la filosofía y la teoría del derecho deben ser observadas y desarrolladas desde el punto de vista de los sujetos activos que reconocen y practican el derecho en casos de conflicto y de divergencia, que el derecho tiene la tarea de resolver y superar. (ZACCARIA, Giuseppe. **Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción**. Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf>>. Acessado em: 30/12/2017)

⁹⁵⁸Já a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o “nome” do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado de giro linguístico. Esse giro “liberta” a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Mas, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada “invasão” da filosofia pela linguagem. Mais do que isso, tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia. Da epistemologia – entendida tanto como teoria geral ou teoria do conhecimento – avançava-se em direção a esse novo paradigma. Nele, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático. Em Heidegger, isso pode ser visto a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender; em Wittgenstein, (*Investigações Filosóficas*), é uma estrutura social comum – os jogos de linguagem que proporcionam a compreensão. E é por isso que se pode dizer que Heidegger e Wittgenstein foram os corifeus dessa ruptura paradigmática, sem desprezar as contribuições de Austin, Apel, Habermas e Gadamer, para citar apenas estes. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 13-14 e 36-37 e 55-56)

dogmática e exegética⁹⁵⁹ para assim desaprisioná-lo, e tem-se a ontologia que serve como elemento corretivo que predetermina o pré-saber jurídico e alcança o conhecimento reflexivo-dialético-dialogal⁹⁶⁰ de seu objeto por meio da compreensão (intuição), constituída pela história e pela tradição fenomenológica, que segue determinação categorial do ser em um *dever ser*.

O *ser* é experimentado desde adentro⁹⁶¹, rompendo-se com o processo de *entificação* do *ser* próprio do pensamento dogmático⁹⁶². Superadas as delimitações que correspondem à nova consciência da Filosofia que passa naturalmente a influir na Filosofia do Direito, expande-se diretamente na hermenêutica filosófica juntamente com o giro ontológico-linguístico, o qual se faz através dela, um convite para que os intérpretes assumam uma *postura ativa, criativa e responsável*⁹⁶³, na esfera de um mundo sociojurídico, no qual a todo o momento são chamados

⁹⁵⁹El objeto de la Teoría fundamental del Derecho está constituido por complejos invariables, a priori, de significaciones, por estructuras esenciales, esenciales a todo Derecho, esencias formales, universales. El concepto del Derecho y las formas jurídicas fundamentales, constituyen esencias ideales, que se dan necesariamente en toda intuición jurídica, estructuras formales, que constituyen el perfil apriorístico del Derecho y el esquema fundamental de la ciencia sobre el mismo. Este es el tema fundamental y previo de todo estudio científico sobre el Derecho: y, por tanto, el antecedente obligado de toda reflexión ulterior; así, pues, también el ineludible antecedente para el tema de la indagación de las esencias materiales de las instituciones jurídicas concretas, indagación que han emprendido, acaso prematuramente algunos discípulos de HUSSERL, como REINACH y SHAPP, aunque es verdad que este último ha pisado terreno más firme y más fecundo. (SICHES, Luis Recasens. **Los Temas de la Filosofía del Derecho:** en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934. P. 52)

⁹⁶⁰La actividad hermenéutica —como búsqueda y apropiación de sentido— es algo que todos realizamos de manera más o menos inconsciente. La reflexión o el saber hermenéutico, en cambio, toma conciencia de esa actividad y la convierte en objeto de indagación sistemática. Estos dos aspectos no deben separarse. Las diversas actividades del proceso interpretativo fundamentan la reflexión sobre la índole del proceso. Y esta reflexión, a su vez, señala las condiciones y los límites de toda interpretación, al mismo tiempo que le abre nuevos caminos. Por eso, lo nuevo de la hermenéutica —tal como comienza a desarrollarse ahora de manera cada vez más sistemática— no es el hecho mismo de la interpretación, sino el "esfuerzo por comprender la estructura del acto hermenéutico y, consiguientemente, por situar al intérprete en el ejercicio de su actividad. En otras palabras, se trata de hacer de la hermenéutica una ciencia, en el sentido señalado por Zubiri: "Una ciencia es realmente ciencia, y no simplemente una acumulación de conocimientos, en la medida en que se nutre formalmente de sus principios y en la medida en que, desde cada uno de sus resultados, vuelve a aquéllos". (CROATO, Severino. Mito y Hermeneutica. El Escudo. Buenos Aires: El Escudo, 1992. P. 14-15)

⁹⁶¹Él eleva —ubicándose en la corriente del pensar occidental— a una analítica existencial jurídico. Aparecen así agotadas en su captación la material y la forma del Derecho: Ontología y Lógica determinan el pre-saber jurídico y arriban al conocimiento reflexivo-dialético de su objeto. Sólo que tomados puramente en cuanto tales, los grados de aprehensión permanecían todavía, diríamos, demasiado lisos; los lados que se ofrecían al nuevo enfoque, todavía demasiado desplazables y oscilantes. De tal modo, a la intuición e ideación fenomenológicas siguió, con necesidades, la determinación categorial-ontológica del ser en su deber-ser. No se trata ya de un axioma postrero irreductible, dejado en su incuestionabilidad natural. El ser, experimentado desde adentro, mostraba su direccionalidad, su sentido en cuanto valor. El pensar ontológico daba luz, así, a una intelección puramente axiológica. Sólo con esto se cerraba el paso al antes así llamado relativismo metafísico. La libertad como fundamental, define a ésta como valiosa. Sólo a un ciego psicologismo del material jurídico podía aparecer indiferente y neutral el factum del ser humano. (COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad.** Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944. P. 10)

⁹⁶²STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 215-218.

⁹⁶³Corresponde a la filosofía fenomenológica y hermenéutica hacerse cargo de la cuestión de la autodesignación, dejada así en suspenso, vinculada a la idea de imputabilidad en cuanto aptitud para la imputación. El paso de la idea clásica de imputabilidad a la idea más reciente de responsabilidad abre, en este sentido, nuevos horizontes. Es reveladora, en este aspecto, la resistencia que esta idea opone a la eliminación, o al menos a la limitación, de la

a dizer como ele mesmo deve ser, e não pelo dever ser, pois o que se apresenta com o fenômeno conflitual é a existência do ser, e aí constituir do fenômeno adaptação existencial.

Neste norte, a compreensão hermenêutica faz com que os intérpretes assumam uma postura responsiva, ativa e criativa, construindo uma Ciência Indutiva alinhada aos paradigmas científicos da complexidade, sendo que esse paradigma acerta-se com o *ethos* em uma dialética-dialogal apontando como “deve ser” e não com “dever ser” normativo constituinte da mera aplicação de arquiteturas formais, dogmáticas fundadas em paradigmas científicos cartesiano-matemáticos^{964, 965, 966}.

las continuas prácticas hermenéuticas intentaron fundamentar y negar las garantías y meta-garantías, desde su aparición, para su orientación en determinado contexto político. Estas interpretaciones, sin embargo, críticas en el desenvolvimiento de certo sistema jurídico, se reformularán como nuevos principios políticos que legitimarán las

idea de falta por las de riesgo, de garantía, de prevención. La idea de responsabilidad sustrae la de imputabilidad a su reducción puramente jurídica. Su virtud primera consiste en subrayar la alteridad implicada en el daño o en el perjuicio. No quiere decir que el concepto de imputabilidad sea extraño a esta preocupación, sino que la idea de infracción tiende a no dar como oponente al contraventor más que la ley que se violó. (RICOEUR, Paul. **Caminos del Reconocimiento**. Tres Estudios. México: Fondo del Cultura Económica, 2006. P. 141)

⁹⁶⁴Por ello, si en Verdad y método el concepto de aplicación llega a su clímax al hablar de la interpretación de textos y de la tradición, con un sentido cercano al de “apropiación”, ya que al comprender “aplico” porque, lo quiera o no, “traigo” lo comprendido a mi propia situación,⁶ mi hipótesis en este trabajo es que puede ganarse una luz nueva, que se derrama sobre y enriquece nuestra comprensión de las tesis hermenéuticas acerca de la historicidad de la comprensión, prestando atención a la unidad inescindible de aplicación y comprensión en unidades menores que los textos. En consecuencia, el análisis de la capacidad de juicio desempeña un papel central en nuestra interpretación, ya que allí se puede observar la necesidad de la aplicación para hablar de la comprensión de, digamos, un concepto. Al considerar la aplicación en este sentido, importantes tesis del pensamiento hermenéutico, como la ya mencionada tesis de la historicidad de la comprensión, o la de la supremacía del ser histórico sobre la conciencia histórica, se hacen visibles en un ámbito que podría parecer excluido de estos señalamientos. Dicho de otra manera, nuestra tesis se puede expresar así: comprendo en la aplicación porque hay algo en la comprensión que sólo puede ser mostrado. O de otro modo, lo central en la comprensión no es del orden del captar sino del orden del hacer, poder hacer, o saber hacer, etc. Los casos paradigmáticos que avalan esta tesis son las observaciones de Gadamer acerca de que la ejecución (interpretación reproductiva) es un momento no eliminable en la comprensión de una obra de teatro o una pieza musical. Con todo, el sostén más categórico para nuestra tesis lo encontramos en las consideraciones sobre la mimesis donde Gadamer señala que: “La relación mímica original que estamos considerando contiene, pues, no sólo el que lo representado esté ahí, sino también el que haya llegado al ahí de una manera más auténtica. La imitación y la representación no son sólo repetir copiando, sino que son conocimiento de la esencia. En cuanto que no son mera repetición sino “poner de relieve”, para agregar casi inmediatamente: “la representación de la esencia es tan poco imitación que es necesariamente mostrativa (zeigend)”. Consecuentemente, a lo largo de este trabajo intentaremos “poner de relieve” este rasgo “mostrativo” como el correlato de la aplicación en las unidades menores que los textos. Destacaremos principalmente cómo este aspecto aparece siempre que hablamos de comprensión de una generalidad, es decir de un concepto. Por esta razón, nuestra interpretación se dirigirá principalmente a la primera parte de Verdad y método, especialmente a la recuperación de la tradición humanista. Habiendo puesto de relieve este problema en la primera parte, confiamos en que se apreciará sin dificultad la unidad de estas consideraciones con aspectos específicos de la filosofía del lenguaje de Gadamer, como su estudio del proceso que se encuentra a la base de la emergencia de las generalidades conceptuales, la noción de metaforismo fundamental y su caracterización de la “estructura especulativa” del lenguaje. (KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 13-15)

⁹⁶⁵ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito**. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 244.

⁹⁶⁶vide JURADO, Germán Gurín. **Epistemología Hermenutica em la interdisciplinariedad contemporánea**. 2ª ed. Manizales: Universidad Católica de Manizales, 2011.

representaciones y ficciones de cierto poder y justicia. Esta visión es la que nos permitirá analizar los contenidos escénicos del principio de publicidad del juicio bajo un marco teórico filosófico.⁹⁶⁷

A compreensão hermenêutica regenera a práxis, pois sua filosofia é prática, surge dos submundos criados pelos acertamentos ideológicos castrantes e totalitários impostos pela Filosofia Iluminista. A aplicação da lei relega todos os elementos fenomênicos fácticos; ou melhor, os fenômenos conflituais de relevância e que podem vir a servir de gênese fecunda ao direito, produzindo assim grandes revoluções.

Corresponde à mediação ontológica existente entre o *ser* do homem pela linguagem a consequente necessidade de um permanente processo interpretativo através do qual o homem está configurando seu ser individual e social pelo marco da tradição em que se inscrever, juntamente com o fato do que o resultado da interpretação jamais poderá ser tida por uma verdade que resulta da aplicação de um proceder metódico.⁹⁶⁸

Note que a cisão que aqui é aportada refere-se à diferença entre a função jurisdicional como aplicação da lei^{969, 970}, de um lado, e a compreensão hermenêutica, de outro, a qual, por sua vez, ocorre com a compreensão hermenêutica, pois a filosofia hermenêutica, por intermédio

⁹⁶⁷GUARDIA, Lucas. Ficción y Realidad del Principio de Publicidad del Juicio (La Imaginación al Derrumbe de la Verdad). **Lecciones y Ensayos**, 2007, n.º 83, Pp. 99-132. P. 100.

⁹⁶⁸Así es como se propone Gadamer fundar la especificidad de las ciencias del espíritu frente a las ciencias naturales o metódicas y es éste uno de los propósitos fundamentales de su obra central. El propio Gadamer resume la cuestión en un trabajo más reciente: "lo esencial en las «ciencias del espíritu» no es la objetividad, sino la relación habitual con el objeto. Yo complementaríala para este ámbito del saber el ideal del conocimiento objetivo, que está sostenido por el ethos de la ciencia, mediante el ideal de la participación (Teilhabe). Participación en los enunciados básicos de la experiencia humana, tal como se han plasmado en el arte y la historia, tal es, en las ciencias del espíritu, el verdadero criterio respecto del contenido o la ausencia de contenido de sus doctrinas. En mis trabajos -continúa Gadamer - he intentado mostrar que el modelo del diálogo posee un significado estructural para esta forma de la participación. Y ello porque el diálogo está caracterizado porque ninguno por sí solo contempla lo que acontece ni afirma que él solo domina el asunto, sino que se toma parte conjuntamente en la verdad y se la obtiene en común. (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. **Azafra, Revista de Filosofía**, 5, 2003, Pp.191-211. P.207-208)

⁹⁶⁹Explicita que as teorias dominantes daquela época determinavam a função jurisdicional ser mera aplicação da lei, delimitação acertada com a Revolução Francesa, arquitetura estatal delimitou a jurisdição como função dependente das demais funções estatais. Segue: MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de L'État**. Tome I. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1920. P. 691 e segs.

⁹⁷⁰El problema de la normatividad de la tradición surge de alguna manera también dentro de lo que llamamos "uso formal de la noción de aplicación". Esta noción debe vincularse con la noción de tradición, entendida en un sentido normativo. Esto es, el problema de la capacidad de juicio da lugar a una apertura e indeterminación tal que el establecimiento de los modos correctos de "aplicar" una regla, un precepto o un ejemplo llama por una limitación. Aún en los casos en los que debe reconocerse un amplio espacio para la creatividad personal, parece que ese límite que no puede estar fijado más que por el acuerdo implícito en el uso establecido de una comunidad, en la tradición.²⁸⁶ Las dificultades surgen debido a que habría dos maneras de entender la influencia de la tradición. Podemos entender la influencia de la tradición, por una parte, como un sentido de la relevancia que adquiere un individuo como consecuencia de su formación en una tradición. Las nociones de tacto, gusto sentido común y juicio van en este sentido. Pero entonces volvemos a encontrarnos con la evidencia. O bien podemos entender que estas 'evidencias' son correctas, no por evidentes, sino porque en principio podrían ser intersubjetivas. (KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 179-180)

de Gadamer, faz a cisão entre *compreender* e *aplicar*, no sentido eficaz da operação interpretativa, sendo que a interpretação não pode ser fatiada ou metodologizada. *Applicatio* não significa, como se poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico.⁹⁷¹

A estreita pertença que unia na sua origem hermenêutica filológica com a jurídica repousa sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teologia, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. [...] Aqui, compreender é sempre também aplicar.^{972, 973}

E impossível fazer a cisão entre *compreender* e *aplicar*. Esta cisão não passa de um dualismo metafísico, pois interpretar é dar sentido (*Sinngebung* - é, agora, produtiva - o intérprete sempre atribui sentido), e não reproduzir sentido (*Auslegung* - não e mais reprodutiva - o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui em-si-mesmo”), tome por consequência que o acontecer da interpretação (*Auslegung-Sinngebung*) ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque *compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos*. Existe uma inesgotabilidade do sentido no fundamento filosófico da hermenêutica, porquanto, se houvesse unicidade de sentido, nem mesmo sentido haveria. Tampouco interpretação. Compreender é, pois, aplicar. Filosoficamente, ao menos depois da invasão da filosofia pela linguagem, não é possível separar interpretação e aplicação. O sentido não se descola do âmbito da compreensão.⁹⁷⁴

Mas, para a hermenêutica filosófica, tudo isso assume uma relevância muito mais profunda na medida em que o compreender se apresenta como uma tessitura do modo do ser, é o modo próprio do ser do homem, que veio a eclodir em uma hodiernidade prolixa de

⁹⁷¹STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 119.

⁹⁷²GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 451.

⁹⁷³Comprender lo ajeno sin anular su alteridad implica que tomemos conciencia de algunos de los supuestos básicos de nuestra propia concepción del mundo, esto es, también en la comprensión de lo ajeno lo que se ilumina es nuestra relación de pertenencia. (KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed.. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 64)

⁹⁷⁴FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1º Ed. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 244 e STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 467, 277-278 e 119.

incertezas.^{975, 976}Esse mundo sociopolítico e jurídico fazem nascer uma hermenêutica filosofia que não se compatibiliza com teses/posturas epistemodualísticas (criada em 1927 como uma metodologia filosófica para descobrir o significado do ser o existência dos seres humanos em uma maneira diferente a constituída pela tradição positivista, tradição está que cria dualismos exacerbados⁹⁷⁷), trabalhando operativamente com horizontes de possibilidades de sentidos estabelecidos pela interpretação em uma compreensão de matriz fenomenológica.^{978,979}

⁹⁷⁵VIOLA, Francesco. **Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto**. Disponível em <http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf> Acessado em 01/02/2018. P. 2.

⁹⁷⁶Se puede sostener legítimamente que la posmodernidad filosófica nace en la obra de Nietzsche y precisamente en el lapso que separa la segunda consideración inactual (Sobre la utilidad y la desventaja de los estudios históricos para la vida, 1874) del grupo de obras que en pocos años se inaugura con *Humano, demasiado humano* (1878) y que comprende también *Aurora* (1881) y *La gaya ciencia* (1882). En la consideración inactual sobre la historia, Nietzsche expone por primera vez el problema del epigonismo, es decir, del exceso de conciencia histórica que encadena al hombre del siglo XIX (podríamos decir al hombre de comienzos de la modernidad tardía) y le impide producir verdadera novedad histórica: en primer lugar, le impide tener un estilo específico por lo cual ese hombre se ve obligado a buscar las formas de su arte, de su arquitectura, de su moda en el gran depósito de trajes teatrales en que se ha convertido el pasado para él. Nietzsche llama a todo esto enfermedad histórica y, por lo menos en la época de la segunda consideración inactual, piensa que se puede salir de tal enfermedad con la ayuda de las "fuerzas suprahistóricas" ó "eternizantes" de la religión y del arte y en particular con la música wagneriana. Sabido es que *Humano, demasiado humano* marcará el abandono de estas esperanzas en Wagner y en su fuerza reformadora del arte. Pero también la posición de Nietzsche sufre profundas modificaciones en lo tocante a la enfermedad histórica a partir de esta obra. Si en la consideración inactual de 1874 Nietzsche veía con horror cómo el hombre del siglo XIX asumía los estilos del pasado para estilizar su ambiente y sus propias obras, eligiéndolos de manera arbitraria como máscaras teatrales, muchos años después en una esquelita enviada a Burckhardt desde Turín a comienzos de enero de 1889, Nietzsche dirá "en el fondo yo soy todos los nombres de la historia". Si bien el contexto de semejante afirmación es el contexto del colapso psíquico del que ya Nietzsche nunca se repondrá, se puede muy bien considerarlo como expresión coherente de una posición que el pensador viene asumiendo frente a la historia a partir de *Humano, demasiado humano*. (CANALE, Damiano. **La precomprensione dell'interprete è arbitraria?** In: *Ética & Política/ Ethics & Politics*, 2006, 1. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. P. 145-146)

⁹⁷⁷ESPITIA, Edelmira Castillo. **La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenómenos Humanos**. In: *Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII*. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 21/12/2018.

⁹⁷⁸A pré-estrutura da compreensão é importante para sustentar a circularidade projetada pelo método fenomenológico, notadamente a partir do momento em que se aceita a finitude da existência, dentro de um contexto histórico da facticidade humana. (ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. P. 104-105)

⁹⁷⁹La hermenéutica jurídica es tal vez el modelo más claro. En el caso del juez, la comprensión no es un evento independiente, sino que ocurre con y en el juicio sobre un caso particular. Y la propia decisión del juez, en la medida en que es una interpretación de la ley, no permanece aparte de la ley misma, sino que se integra a la propia realidad normativa de la ley. Este aspecto también está reconocido institucionalmente bajo el nombre de jurisprudencia. La ley se va desarrollando con las diferentes aplicaciones que se hacen de la misma. La situación de un juez es tal que su propia comprensión de la ley se refiere al texto o al enunciado de la ley, cuando lo hay, pero está también afectada por la realidad histórica de la ley que constituyen las diferentes aplicaciones de la misma y por la propia historia en general en todo aquello que excede a la propia ley en cuestión e incluso al derecho. Falta agregar, para que la presentación sea un poco menos esquemática, que, en la opinión de Gadamer, esta afección se verifica tanto si el juez se refiere explícitamente a algunas de las aplicaciones pasadas como si no lo hace. Si este modelo ilustra nuestra situación como intérpretes y si la hermenéutica filosófica facilita la tarea de la interpretación-comprensión, lo hace como dice Gadamer respecto de la ética de Aristóteles, ayudando a la conciencia moral "a ilustrarse a sí misma a través de la aclaración de los grandes fenómenos"; no proporcionándonos herramientas para lograr un mejor dominio de una tarea, sino a través de un acercamiento más honesto a una tarea que no podemos dominar. Otra cosa sería contradictoria con la naturaleza del saber moral que requiere, ineludiblemente, la búsqueda de consejo en uno mismo y con la naturaleza de la experiencia hermenéutica

A hermenêutica filosófica estrategicamente posiciona-se sofisticadamente na teoria da hermenêutica jurídica⁹⁸⁰, pois ela não é outra coisa que uma adaptação desta hermenêutica geral, nascida propriamente da análise interpretativa dos textos bíblicos⁹⁸¹, também chamada de hermenêutica pré-gadameriana⁹⁸², que fora construída no período da *reforma protestante*, incorporada por romanistas italianos e alemães ao estudo das fontes do direito.

Antes das grandes codificações, as fontes do direito eram principalmente as disposições dos monarcas, as decisões judiciais dos tribunais, o direito consuetudinário das regiões, a legislação canônica e, naturalmente, o Direito Romano. No que se refere ao estudo do Direito Romano os juristas profissionais acessavam as suas fontes, sendo elas: o Digesto, o Código das Novelas, nos quais, para ter acesso, deveriam os operadores jurídicos deter o domínio das mesmas disciplinas utilizadas na interpretação bíblica. Utilizavam na interpretação teleológica cânones como a gramática, a retórica e a dialética.^{983,984,985}

De esta forma, la gramática se ocupaba del estudio del latín, la crítica fijaba el texto confrontando los manuscritos originales, la retórica servía para corregir impropiedades o llenar lagunas y la dialéctica, para dotar de unidad y universalidad a los materiales. El ensayo pionero más influyente sobre hermenéutica de las fuentes del Derecho es el capítulo cuarto del Sistema de Derecho Romano Actual, escrito por Savigny, quien lideró la Escuela Histórica del Derecho en Alemania.⁹⁸⁶

que apunta a la comprensión de un asunto. Lo que busca la hermenéutica filosófica es que tomemos conciencia de estar afectados por nuestra situación histórica. (KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 37-38)

⁹⁸⁰... sofisticata strategia di «posizionamento» nel quadro delle varie prospettive ermeneutico-filosofiche disponibili, anche e non da ultimo perché a vera e propria teoria ermeneutica del diritto. (CAPPELLINI, Paolo. **L'interpretazione Inesauribile Ovvero Della Normale Creativita' Dell'interprete**. In: *Ars interpretandi*. Annuario di Ermeneutica Giuridica, 1996. Disponível em: http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf. Acessado em: 20-12-2017. P. 412)

⁹⁸¹GARDEAZÁBAL, Mauricio Rengifo. *Hermenéutica y Racionalidad Jurídica*. **Precedente**, 2003, Pp.149-161. P. 160.

⁹⁸²AMADO, Juan Antonio García. **Filosofía Hermenéutica y Derecho**. In: *Azafea. Revista de Filosofía*, 5, 2003. P. 12.

⁹⁸³La lógica de esta comprensión es la dialéctica de la pregunta y la respuesta que Gadamer retoma de Collingwood, y que, podríamos decir, consiste en prestar mi propio cuerpo y pensamiento vivo (y con ello inevitablemente viene mi historia) para que emerja la importancia vital de la cosa de que trata el texto. (KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed.. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 178)

⁹⁸⁴GARDEAZÁBAL, Mauricio Rengifo. *Hermenéutica y Racionalidad Jurídica*. **Precedente**, 2003, Pp.149-161. P. 156.

⁹⁸⁵Ver construção histórica da Heermeneutica em BAIÓN, Javier Recas. **Hacia una Hermenéutica Crítica**. Gadamer, Habermas, Apel, Vattimo, Rorty, Derrida y Ricoeur. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2006; e FERRARIS, Maurizio. **Historia de la Hermeneutica**. Madrid: Siglo XXI Editores, 2005; PALMER, Richard. **¿Que es la Hermeneutica?** Teoría de la Interpretación em Shleiermacher, Dilthey, Heidegger y Gadamer. Madrid: Arco Libros, 2002.

⁹⁸⁶GARDEAZÁBAL, Mauricio Rengifo. *Hermenéutica y Racionalidad Jurídica*. **Precedente**, 2003, Pp.149-161.P. 156.

A teoria hermenêutica filosófica que se *introjeta* em uma nova hermenêutica jurídica se demonstra como algo que possa superar os paradigmas rígidos que delinear(m) o direito⁹⁸⁷, pois os velhos e arcaicos paradigmas não resistem à tese da viragem linguístico-ontológica, superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da *desobjetificação* provocada pelo “círculo hermenêutico”⁹⁸⁸ e pela diferença ontológica. Afirma-se que a função ontológica do direito realiza-se “via” círculo hermenêutico, possibilitando que, por meio da ontologia fundamental, faça-se uma análise fenomenológica do desvelamento daquilo que, no cotidiano oculta-se.⁹⁸⁹

La lógica del círculo hermenéutico implica que comenzamos nuestra indagación con algunas expectativas de sentido generales que se van a ar ticulando y revisando a medida que vamos examinando las partes del todo considerado. Si se quiere, este apartado cumple la función de volver al todo luego de habernos aproximado a algunas de las partes. Por ello dejemos momentáneamente de lado las dificultades que esto presenta, para esclarecer el motivo positivo de Gadamer para dirigirse a la tradición humanista.⁹⁹⁰

Deve-se compreender que o círculo hermenêutico⁹⁹¹ assume um elemento de *intuição*, ou melhor, em um entender o compreender que se explicita pela tessitura interpretativa no qual

⁹⁸⁷AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. **Azafea, Revista de Filosofía**, 5, 2003, Pp.191-211. P.193.

⁹⁸⁸La interpretación jurídica puede realizarse tanto dentro como fuera del derecho. El análisis puede hacerse respecto las normas concretas particulares, o considerar el derecho en su conjunto social, fuera del ordenamiento jurídico, en su sentido totalitario. El autor italiano afirma la necesidad de interpretar el derecho y lo hace desde una postura interna hacia una postura externa, es decir, desde el examen de las cuestiones jurídicas hasta comprender el significado del derecho en su conjunto, en su aspecto totalitario, íntegro, unitario. Pero igualmente indica la necesidad de hacerlo al contrario, desde una perspectiva externa hacia la interna, desde la captación del sentido global del derecho hasta la toma de conciencia de su articulación en un ordenamiento jurídico. A esta labor, Vittorio Frosini la denomina interpretación del “círculo hermenéutico”, que es “una relación dinámica y continua que se establece entre el sujeto y el objeto de la interpretación, entre el intérprete, el del intérprete y su conciencia jurídica global conforme a la cual el intérprete piensa y actúa”. Esta relación que se establece la basa Vittorio Frosini siempre atendiendo a la norma, no olvidándose nunca de su significado aunque eso sí, dándole una proyección más extensa para llegar a la aplicación práctica y adecuada de la norma jurídica. (MORGAN-EVANS, Elisenda de Villamor. **El Elemento Valorativo en la Interpretación del Derecho**. Tesis Doctoral. Derecho de la Universidad de Extremadura, Cáceres. Cáceres: Edit. Universidad de Extremadura Servicio de Publicaciones c/ Pizarro, 8, 2001. P. 204)

⁹⁸⁹STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 268 e 218-219.

⁹⁹⁰KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 61-62.

⁹⁹¹O círculo hermenêutico é, assim, algo decorrente da evidência de que o ato de compreender é um ato referencial, ou seja, compreendermos alguma coisa quando a comparamos com alguma coisa já conhecida. O que compreendemos agrupa-se em unidades sistêmicas. Esses círculos compostos de partes permitem a definição das partes e, ao mesmo tempo, a formação do todo, que é círculo. Um conceito individual somente se gera porque existe um contexto ou horizonte em que se situa, resultando disso que a compreensão é circular, de uma feita que a interação dialética existente entre o todo e a parte enseja que, mutuamente, um dê sentido ao outro. Eis o círculo hermenêutico, que pode até contes uma contradição lógica, quando implica a asserção de que teríamos de conhecer o todo antes de poder captar o sentido das partes. Mas a verdade é que não é a Lógica que valida todas as tarefas da compressão. Sem prejuízo do aspecto comparativo, há a dimensão intuitiva na eficácia operacional do círculo hermenêutico, eficácia, essa, que também implica a ocorrência de um conhecimento prévio mínimo, sem o qual a

a linguagem se apresenta como elemento primário. Disso, ultrapassa-se e desapregoa-se do método cartesiano do puro e simples sujeito-objeto⁹⁹², justificando-se no que se refere ao Dasein, o qual pela qual o *ser* é sempre o *ser* de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções; uma vez que se conclui que o sentido é um existencial do *Dasein*, e não uma propriedade colada sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de reino intermediário⁹⁹³. Em ato reflexivo, questiona-se: *¿En qué medida se puede llamar nihilista esta visión de la constitución hermenéutica del Dasein!*⁹⁹⁴

A antecipação de sentido que guia nossa compreensão de um texto não é a subjetividade, portanto tal guia passa a ser determinada desde a comunidade que nos une como tradição. Nossa relação com a tradição está submetida a um processo de contínua transformação⁹⁹⁵ (lembre-se do que fora acima explanado em relação à cultura e a linguagem que são a morada do ser). Nesta senda, a hermenêutica filosófica tem por objeto a problemática da compreensão do senso comum, a coisa de que fala o texto vive na prática de compreender e de interpretar⁹⁹⁶ que tem como estrutura construtiva central do ser no mundo. O ser no mundo significa em realidade

compreensão redundante impossível. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 175)

⁹⁹²El círculo hermenéutico asume un elemento de intuición. Un conocimiento previo mínimo es necesario para entender. Sin esto no se puede entrar al círculo. El que habla y el que escucha deben compartir el lenguaje y el tema de su discurso. Entender o comprender tiene una estructura que entra en juego en toda interpretación. Esta estructura va más allá del modelo cartesiano de objeto-sujeto. La esperanza de interpretar algo sin prejuicios y presupuestos desaparece en esta forma de entendimiento. Lo que aparece a partir del objeto es lo que el sujeto permite que aparezca. Es ingenuo asumir que lo que está allá es autoevidente. El pre-entendimiento reposa en el contexto del mundo. Las cosas se hacen visibles por medio de los significados, el entendimiento y la interpretación. El entendimiento se hace explícito a través de la interpretación. El lenguaje es la articulación primaria del entendimiento situacional e histórico. Sin lenguaje el hombre no podría ser comprendido ni comprender. (ESPITIA, Edelmira Castillo. **La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenómenos Humanos**. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponible em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 21-12-2017)

⁹⁹³STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 291.

⁹⁹⁴Primero, en uno de los sentidos atribuidos por Nietzsche a este término; en una nota colocada por los editores al comienzo de la edición de 1906 de La voluntad de poderío, nihilismo es aquella situación en la cual, como en la revolución copernicana, "el hombre se aparta del centro hacia la X". Para Nietzsche esto significa que nihilismo es la situación en la que el hombre reconoce explícitamente la ausencia de fundamento como constitutiva de su propia condición (lo que, en otros términos, Nietzsche llama a la muerte de Dios). Ahora bien, la no identificación de ser y fundamento constituye uno de los puntos más explícitos de la ontología heideggeriana. El ser no es fundamentó, toda relación de fundación se da siempre en el interior de épocas particulares del ser, pero las épocas como tales están abiertas, no fundadas, por el ser. (VATTIMO, Gianni. **El fin de la Modernidad: Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna**. 2ª Ed. Barcelona Editorial Gedisa, 1987. P. 104-105)

⁹⁹⁵AMADO, Juan Antonio García. *Filosofia Hermenéutica y Derecho*. **Azafa, Revista de Filosofia**, 5, 2003, Pp.191-211. 208.

⁹⁹⁶VIOLA, Francesco. **Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto**. Disponible em <http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf> Acessado em 01/02/2018. P. 16.

estar em contato efetivo com todas as coisas que constituem o mundo, isso significa estar familiarizado com a totalidade de significações, com um contexto de referências.⁹⁹⁷

A hermenêutica jurídica foi cunhada modernamente na hermenêutica filosófica a qual dimensiona a interpretação como compreensão, *applicatio* e pré-compreensão, e tem como missão dar um caminho efetivamente claro, seguro, e possível de compatibilizar-se com as necessidades sociais de realização do direito. É correto afirmar que a hermenêutica filosófica apresenta alguns problemas⁹⁹⁸, mas diante de sua sofisticação, atribuída pela nova consciência filosófica, defende-se no ora trabalho a hermenêutica cunhada pelo giro ontológico-linguístico, pois ela é a que se apresenta como a melhor “via” para a interpretação, que deixa de ser mero *ars interpretativo*⁹⁹⁹ - e ainda alguns veem-na como método interpretativo.¹⁰⁰⁰

Assim se adentra no exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein)¹⁰⁰¹ e que somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a facticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não

⁹⁹⁷VATTIMO, Gianni. **El fin d e la Modernidad**: Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna. 2ª Ed. Barcelona Editorial Gedisa, 1987. P. 103.

⁹⁹⁸L'attenzione dell'ermeneutica filosofica si rivolge a quelle forme di vita comune che il discorso stesso costruisce e istanzia. Il suo problema centrale non è quello della determinazione dei significati all'interno di un senso già costituito, come potrebbe essere quello di una cultura o di un linguaggio già esistenti e praticati. Questa è una questione d'interpretazione, che presuppone già costituito il linguaggio dell'interazione e si muove dentro un mondo già segnato dalla reciprocità, dalla cooperazione e da un senso intersoggettivo contestuale, che in qualche modo guida l'interprete e costituisce un vincolo nei confronti dell'opera di ascrizione dei significati. (VIOLA, Francesco. **Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto**. Disponível em <http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf> Acessado em 01/02/2018)

⁹⁹⁹STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 209.

¹⁰⁰⁰En cuanto a la afirmación de que la filosofía hermenéutica no aporta las soluciones que el jurista busca, se quiere decir que la hermenéutica gadameriana se detiene precisamente allí donde más interesa en derecho la teoría de la interpretación: a la hora de proporcionar pautas del correcto interpretar, criterios de racionalidad u objetividad interpretativa. No olvidemos que en la praxis de aplicación del derecho se pide a los jueces que obren con imparcialidad y objetividad, evitando en lo posible que su decisión esté condicionada por puros datos subjetivos, prejuicios, simpatías, etc. Y puesto que hay plena conciencia de que esa praxis de aplicación de las normas jurídicas es, en una parte importantísima, práctica interpretativa de textos legales (y de hechos), lo que se busca es una metodología jurídica normativa que marque los criterios de la correcta -en el sentido de racional, objetiva, intersubjetivamente aceptable, respetuosa con la separación de poderes y el valor de las respectivas voluntades en el entramado del Estado de Derecho- asignación de significado a los enunciados legales. Tal cosa, es bien sabido, ni la da ni intenta darla la hermenéutica existencial al estilo de Gadamer. (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. **Azafa, Revista de Filosofía**, 5, 2003, Pp.191-211. P.193)

¹⁰⁰¹A aproximação entre dimensão existencial-ontológica desperta a discussão acerca dos modos e das possibilidades do *Dasein* no seu ser, ou seja, a constituição ontológica do si-mesmo. Segundo Heidegger, o eu é uma mera consequência que acompanha todos os conceitos. Com ele, nada se representa a não ser um sujeito transcendental dos pensamentos. O eu não deve ser considerado um conceito construído por intermédio da lógica. Pelo contrário, o eu é o sujeito do comportamento lógico, qual seja, da combinação. Dito de outra maneira, o eu é um sujeito com capacidade para operar com a lógica, sendo correto dizer que o eu penso, significa eu combino. A concepção do eu está lastreada na capacidade de organizar e combinar novas possibilidades. Isso permite referir que o sujeito é consciência em si, e não representação. O Dasein é apresentado por Heidegger como o ente privilegiado que conhece o ser. Esse ente privilegiado na relação com o seu ser é permeado pela existência (Existenz), que é definida como sendo o próprio ser o qual o Dasein pode se comportar dessa ou daquela maneira. (ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. P. 90 e 98)

se separa o direito da sociedade, porque o ser e sempre o ser de um ente, e o ente só e no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), em que o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado.¹⁰⁰²

A especificidade das ciências de espírito, pela qual a filosofia hermenêutica propõe uma visão ontológica do intérprete, volta-se proficuamente à consciência histórica incorporada à tradição, constitui assim um momento ontológico da compreensão. Portanto, a história dos efeitos, dos pré-juízos e nosso estar dentro da tradição, constituem a ontologia da compreensão e são a fenomenologia de todo o ser.¹⁰⁰³

O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos “fora” de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de “testemunho da verdade”. Essa é uma experiência intersubjetiva que está plasmada na ideia de que a linguagem é a condição de possibilidade para acessarmos o mundo.¹⁰⁰⁴

Traz-se aqui pelo formulado em Gadamer que a teoria do direito aproveita-se da ontologia jurídica nascida da nova consciência filosófica (co)responde mais do que adequadamente ao que se busca no trabalho, fazendo com que se cobre atualização e existência no social e com a dimensão normativa. Esta existência encontra-se em permanente construção e reconstrução do compreender histórico, que pretende ajudar a conseguir um entendimento de um texto que seja compartilhado e orientado à ação em que se atribui a um texto em uma concreta situação. Por óbvio que gera em si um correto interpretar¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰²STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 215-218.

¹⁰⁰³FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992. P. 110.

¹⁰⁰⁴STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 55-56.

¹⁰⁰⁵En términos similares se expresa Schroth: El concepto ontológico del comprender que maneja la hermenéutica puede servir de base a una teoría de la estructura ontológica del derecho [...], pues concibe el comprender como proceso histórico dependiente del mundo de la vida del intérprete. Sin embargo, más problemático resulta extrapolar a doctrina metodológica esa concepción hermenéutico-ontológica del comprender. Las metodologías de la interpretación tienen poco sentido como exposición del comprender en tanto que comprender histórico, sino que pretenden ayudar a conseguir un entendimiento de un texto que sea compartido y orientado a la acción. Las doctrinas de la interpretación quieren sacar a la luz qué concreto sentido le debe ser asignado a un texto en una concreta situación. (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. **Azafea, Revista de Filosofía**, 5, 2003, Pp.191-211.P. 204)

De acordo com estes gêneros supremos, todos os objetos se agrupam fenomenologicamente em regiões ônticas. Dá-se o primeiro passo fenomenológico de uma investigação positiva ao situar o objeto a se investigar na pertinente região ôntica suprema, porque de esta última essência depende os princípios e as legalidades gnosiológicas e metodológicas mais frutíferas que guiam a investigação.¹⁰⁰⁶ A interpretação é a forma explícita da compreensão¹⁰⁰⁷, e esta última integra-se na aplicação, que “passa, necessariamente, pela concepção de uma hermenêutica jurídica que, ultrapassado as concepções metafísico-ontológicas, assume seu papel de (inter)mediação e, portanto, de produção/construção/adjudicação do sentido.”¹⁰⁰⁸

A hermenêutica jurídica de cunho filosófico *supera* o mecanicismo da interpretação e do intérprete, que passa a realizar o *acoplamento-ajustamento ideal entre normas e fatos*, que

¹⁰⁰⁶COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 62-63.

¹⁰⁰⁷GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 450.

¹⁰⁰⁸STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 226.

se fundem à *compreensão*^{1009, 1010, 1011} – *pré-compreensão*¹⁰¹², à interpretação e à aplicação dos modelos jurídicos, momento este em que o intérprete desempenha o papel de agente redutor da

¹⁰⁰⁹*O que é compreender?* É um antecipar de sentido. Com o sentimento de situação, estamos ancorados; é a afecção que nos liga ao compreender. Esse compreender está ligado ao falar, ao mundo, à significatividade, às nossas estruturas de significação. Podemos explicar o compreender como uma estrutura fundamental do ser humano. Esse compreender o ser sempre acompanhará todos os enunciados sobre os entes.. aqui está a ontologia fundamental (não desenvolvida, mas esboçada). Podemos afirmar, então, que a ontologia fundamental trabalha com as condições de possibilidade do conhecimento ou de conhecimento dos objetos. São as condições do nosso modo de ser no mundo. São as condições do nosso modo de ser no mundo, analisados pela fenomenologia hermenêutica. Todos os enunciados que acabam aparecendo no campo do puro entender são elementos que ou se produzem dentro de um contexto fechado (lógica) ou no contexto dos enunciados de caráter afirmativo ou negativo (nível apofântico). O que é aquilo por trás disso é o fato de que não há sinonímia perfeita. – nenhuma palavra pode sobrepor perfeitamente à outra -, então a referência nunca traz a última explicação das razões, porque chamamos um objeto por determinados nomes. [...] Em síntese, o compreender está ligado a um modo de ser do homem. Este somente se torna possível enquanto compreende a si mesmo como sendo, tendo de ser e, assim, compreende o ser. A compreensão do ser se dá como a priori, num mundo, e somente por ela somos levados a entender os enunciados. Heidegger afirma: Tao finitos somos nós que precisamos do conceito de ser para pensar. Não pensamos, não nos entendemos na linguagem sem operarmos com o conceito de ser. O entender de enunciados, de razões, depende, portanto, de nosso modo prático de ser, em que nos compreendermos antecipadamente. Isso é a pré-compreensão com que envolvemos o todo de nosso falar e entender. Pré-compreensão é o a priori que condiciona e limita nossos enunciados. Toda a análise repetirá enunciados sobre enunciados ao infinito, quando não reconhece o compreender e quer refazer predominar o entender. [...] O pré-compreender heideggeriano de ser, visto no contexto de Verstehen como existencial, não é um modo especial de conhecer (entender), mas consiste num operar, num estar envolvido desde sempre com o modo de ser que sustenta o conhecer, enquanto auto-explicar-se do ser-ai. Quando descrevemos, portanto, o discurso jurídico como implicado num compreender, num pré-compreender, estamos descrevendo a condição existencial, o ser-em do ser-ai, e com isso não estamos competindo com o discurso jurídico, mas descrevendo um acontecer que envolve existencialmente a quem se manifesta numa forma de linguagem específica. Neste sentido deve ser entendida a questão da Filosofia no Direito. Pensa-se num operar estrutural, não empírico, que se estende, sob muitos aspectos, pelo vasto campo do discurso jurídico. A fenomenologia hermenêutica apresenta-se ao discurso jurídico com intuito filosófico que pretende adensar a linguagem, descobrir nela uma espessura, uma dupla estrutura, cujo desconhecimento empobrece o ocupar-se com a realidade do discurso jurídico, por exemplo. O elemento antecipador do compreender heideggeriano vem da estrutura existencial da facticidade que sempre acompanha a existência, o ser-adiante-de-si-mesmo, da triplíce estrutura do cuidado que é o ser do ser-ai. Dizemos isto para acentuar um aspecto. Com isto, queremos mostrar a mútua determinação entre a existência e a facticidade, E, assim, partimos para o problema da compreensão a partir da facticidade, que representa uma mudança de foco. (STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar** um ajuste com Heidegger. Ijuí: Editora Unijuí, 2011. P. 94, 96 e 206-207)

¹⁰¹⁰A análise temporal da existência (Dasein) humana, que Heidegger desenvolveu, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (Dasein). O conceito "hermenêutica" foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo. Que o movimento da compreensão seja abrangente e universal, não é uma arbitrariedade ou uma extrapolação construtiva de um aspecto unilateral, mas está, antes, na natureza da própria coisa. (Prefácio. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 16-17)

¹⁰¹¹Per l'ermeneutica filosofica la comprensione ha un carattere radicalmente temporale. L'esperienza umana non è fatta di stati di coscienza atomistici e puntuali, ma di connessioni di significato che implicano un incessante riordinamento retrospettivo e prospettico. La coscienza ermeneutica è una coscienza storica, è esposta alla storia e alla sua azione in modo tale che questa azione non può essere oggettivata senza far venir meno lo stesso fenomeno storico. Ma l'oggettivazione epistemologica introduce in questa coscienza una sorta di distanziamento alienante (Verfremdung) che distrugge l'originaria relazione di appartenenza. Bisognerà, allora, recuperare la profonda unità della coscienza storica, mostrando la possibilità di superare la frattura tra la tradizione in cui e di cui vive l'interprete e quella a cui il testo, o più in generale il messaggio, appartiene (Horizontverschmelzung). Ogni accostamento ai documenti storici non è mai neutrale. Ogni interprete porta con sé modelli istillati dalla propria tradizione e cultura. Questi pre-giudizi (Vorurteile) lo conducono ad avere determinate aspettative nei confronti dei significati di un testo. Il comprendere sarà, allora, un movimento circolare tra le aspettative o anticipazioni dell'interprete e i significati annidati nel testo. L'incontro e la fusione degli orizzonti è possibile, perché, da una parte, la consapevolezza dei pregiudizi dà la possibilità di governarli e di correggere, così, le aspettative e,

inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade do caso-problema a operar sua decisão.¹⁰¹³

Vista a questão desse modo, não haverá sinonímia; haverá compreensão do fenômeno jurídico a partir da síntese hermenêutica da pré-compreensão do intérprete, que falará desde a sua intersubjetividade (integridade de sentidos).¹⁰¹⁴ Potencialmente a pré-compreensão (*aspettativa di senso* - *Sinnerwartung*) constitui um aspecto de competência prática do intérprete no uso do texto normativo *que surge com o interrogar a disposição à luz do fato e o fato à luz de seu enunciado, segundo um procedimento de pergunta e resposta*¹⁰¹⁵, que procura

dall'altra, i significati da comprendere si protendono al di là delle intenzioni dell'autore. Per questo ogni comprensione ermeneutica non è una mera riproduzione, ma ha un aspetto produttivo e si sviluppa come evento storico esso stesso, che a sua volta è disponibile per ulteriori attualizzazioni. (VIOLA, Francesco. **Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto.** Disponível em <http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf> Acessado em 01/02/2018. P. 7-8)

¹⁰¹²A tal respecto, un primer aspecto que merece ser profundizado es la relación que se establece entre la precomprensión y el objeto de la interpretación. La precomprensión representa el escenario anticipatorio de la comprensión como actividad; un escenario desde el cual se reorienta el sentido de nuestro interpretar y conferimos unidad de significado a nuestras prácticas sociales, extrayendo un «sentido» de ellas (Gadamer 1977). La precomprensión puede ser explicada y corregida por medio de un diálogo y de una dialéctica de preguntas y respuestas con otras personas o con otros grupos culturales, y es precisamente en este plano que actúan el encuentro, la confrontación, el mismo desencuentro entre horizontes culturales específicos y diferentes; un encuentro-desencuentro cuyo resultado se ve facilitado por la función normativa asignada al intérprete: es a su prestación hermenéutica y argumentativa que corresponde decidir si esta o aquella interpretación, entre las diferentes posibles, son legítimas y en consonancia con la prácticas sociales afianzadas. (ZACCARIA, Giuseppe. **Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción.** Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf>>. Acessado em: 30/12/2017)

¹⁰¹³Vide: ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

¹⁰¹⁴STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 351.

¹⁰¹⁵Il concetto di precomprensione gode di una considerevole fortuna nella letteratura giuridica contemporanea. Ciò deriva probabilmente dal fatto che esso riconosce dignità teorica ad una consapevolezza ampiamente diffusa tra gli operatori del diritto: l'interpretazione dei testi normativi è sempre influenzata da valutazioni preventive di opportunità, di realizzabilità e di giustizia di un progetto decisionale, le quali condizionano inevitabilmente i suoi risultati. Il termine 'precomprensione' viene cioè comunemente utilizzato per svelare il reale funzionamento della prassi giudiziale, la quale si configura innanzitutto come una forma di mediazione tra interessi, prima ancora che come uno strumento per implementare le direttive del legislatore. L'ermeneutica giuridica ha canalizzato questa convinzione diffusa entro coordinate teoriche precise. Quando il giudice, il funzionario amministrativo, l'avvocato o lo scienziato del diritto si accostano ad una disposizione giuridica per comprenderne il contenuto, sono sempre guidati da una precomprensione, vale a dire da una prefigurazione di quanto la disposizione prescrive (significato) e della situazione di fatto che essa regola (riferimento). Ma come si caratterizza questa forma di "comprensione anticipata" nella riflessione dell'ermeneutica giuridica? Se intesa in senso lato, la precomprensione o «aspettativa di senso» (*Sinnerwartung*) costituisce un aspetto della competenza pratica dell'interprete nell'uso dei testi normativi, vale a dire della sua capacità di padroneggiare il linguaggio delle norme. Si tratta di una capacità che deriva sia della conoscenza sintattica e semantica della lingua, sia da conoscenze tecniche che concernono la specificità del linguaggio giuridico. Non solo. Considerata la plurivocità semantica del linguaggio normativo, vale a dire l'ambiguità dei testi giuridici e la vaghezza delle norme, tale competenza include la capacità di valutare quale soluzione interpretativa, tra quelle sintatticamente e semanticamente possibili, sia da considerare più opportuna, adeguata, pertinente. Ciò sulla scorta di conoscenze e valutazioni a più ampio raggio, che concernono il funzionamento delle dinamiche sociali, l'assetto dei rapporti politici ed istituzionali, come pure gli interessi e i valori considerati preminenti all'interno della società in un certo momento storico. L'ermeneutica giuridica non ha mancato di analizzare nel dettaglio i fattori che concorrono a determinare la competenza pratica dell'interprete, e con essa la precomprensione in senso lato degli enunciati normativi. Tra gli ingredienti della precomprensione

descobrir as próprias prevenções e pré-juízos e realizar a compreensão¹⁰¹⁶ desde a consciência histórica¹⁰¹⁷, vinculando-se via círculo hermenêutico.

No caso de se constatar problemas no arranque compreensivo, a pré-compreensão deve servir como ato corretivo. A pré-compreensão deve ser vista como suporte irreduzível do compreender, que serve de base sobre a qual o conhecimento possível se constrói como uma tensão permanente entre o geral e o particular, de modo que é possível diluir esta tensão pela viabilidade que apresenta o círculo hermenêutico.¹⁰¹⁸

qualquer pré-compreensão na atividade interpretativa do direito especifica-se objetivamente como jurídica pela sua circunstancia normativa e pelos indivíduos ligados ao âmbito institucional que tratam de se aproximar de um preceito normativo à vista da sua história jurisprudencial, das suas peculiaridades dogmáticas e demais aspectos originários do mundo do direito. Nesse sentido bastante amplo, qualificamos como jurídica a pré-compreensão daquelas pessoas e órgãos que quotidianamente lidam com o direito e compreendem institucionalmente como um processo de criação normativa pratica num quadro de compromisso com a validade.¹⁰¹⁹

A interpretação jurídica articula e é articulada, hoje muito claramente, ao interno da pré-compreensão, que passa a ser uma função de horizonte histórico-cultural de determinada tradição¹⁰²⁰. Explicitada à relação existente entre compreensão e a pré-compreensão, são ambas

in senso lato, la cui “impronta semantica” indirizza l’attribuzione di senso, vale la pena ricordare la formazione dell’interprete, i canoni o argomenti interpretativi, le figure dogmatiche consolidate, l’opinione dottrinale dominante, i precedenti delle corti superiori, la previsione delle conseguenze decisionali, i princípi inespressi dell’ordinamento. Tali fattori, se considerati dal punto di vista ermeneutico, non costituiscono un ostacolo o una fonte di alterazione della comprensione, come se il senso di un enunciato normativo potesse sussistere indipendentemente da essi. L’aspettativa di senso acquista invece un valore positivo: essa fa sì che il testo non rimanga muto, ma si presti a significare qualcosa per i suoi fruitori. La precomprensione costituisce cioè un presupposto tanto di una interpretazione corretta quanto di una interpretazione errata: essa si limita a rendere possibile il procedimento interpretativo, vale a dire la determinazione del senso, lasciando aperto il problema della sua correttezza. (CANALE, Damiano. **La precomprensione dell’interprete è arbitraria?** Disponível em < http://www2.units.it/etica/2006_1/CANALE.pdf>. Acessado em 31/01/2018. P. 3-4)

¹⁰¹⁶Che la comprensione accompagna l’uomo nel suo rapporto con l’altro, occorre premettere che l’interpretazione si rivela come il processo umano più significativo per apprendere discorsivamente dall’altro l’esperienza di una estraneità che, se rimane tale, imprigiona il singolo nell’incapacità comunicativa, dunque, nell’asservimento all’execução de informações pre-stabilite, al silenzio di una inesplícabile alterità non mediabile secondo la principalità sociale della compreensão recíproca. (BARTOLI, Gianpaolo. *Hermeneutica Iuris*. Per una Lettura ‘Giurídica’ del Testo Normativo. **I-lex. Scienze Giurídiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale**, Agosto 2010, n.º 9. Disponível em < <http://www.i-lex.it/articles/volume5/issue9/bartoli.pdf>> Acessado em 05/02/2018. P. 89-90)

¹⁰¹⁷... a compreensão do texto está determinada permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão, portanto ela trata-se de descobrir as próprias prevenções e pré-juízos e realizar a compreensão desde a consciência histórica. (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 184-185)

¹⁰¹⁸AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. **Azafea, Revista de Filosofía**, 5, 2003, Pp.191-211.P.209.

¹⁰¹⁹ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito**. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 260-261.

¹⁰²⁰VIOLA, Francesco. **Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto**. Disponível em < http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf> Acessado em 01/02/2018. P. 4.

norteadas pela hermenêutica filosófica. Quanto aos *pré-juízos* a que se refere a pré-compreensão, eles não são inventados, pois eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um “controle metodológico”, isso implica igualmente entender que nos movemos em um mundo em que a linguagem e condição de possibilidade, uma vez que significadas e que compreendemos a partir de textos que significam coisas (entes), e não por deduções feitas a partir de conceitos (universalidades), das quais “extrairíamos a singularidade”.¹⁰²¹ É, enfim, linguagem que afirma nossa existência e dá, portanto, acesso ao mundo¹⁰²².

Deve-se extrair da premissa “hermenêutica é mundo, é facticidade”¹⁰²³, e é na facticidade (facticidade é o modo prático de ser-no-mundo) que dará sentido à hermenêutica (hermenêutica se move em um *a priori*)¹⁰²⁴, portanto, o fato de que se trata sempre dá resposta a essa demanda permitindo individualizar a questão ao ponto de contato por meio do diálogo hermenêutico (Isso requer com que se cumpra consciência estrutural do operar humano, implícitos na mesma pré-compreensão, subtraindo a mera facticidade. Não se trata de estrutura puramente formal se forem reguladas – como se deve ser reconhecida a mesma finalidade, embora entendida de várias formas.¹⁰²⁵)¹⁰²⁶

¹⁰²¹STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 288 e 348-349.

¹⁰²²HOMERDING, Adalberto Narciso. O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer. **Revista Ajuris**, Ano XXX, n.º 91, Setembro de 2003. Porto Alegre: Ajuris, 1974. P. 17.

¹⁰²³HOMERDING, Adalberto Narciso. O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer. **Revista Ajuris**, Ano XXX, n.º 91, Setembro de 2003. Porto Alegre: Ajuris, 1974. P. 17.

¹⁰²⁴STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 348-349.

¹⁰²⁵VIOLA, Francesco. **Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto**. Disponível em <http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf> Acessado em 01/02/2018. P. 9.

¹⁰²⁶Le peculiarità del contesto giudiziario come contesto di decisione (e di giustificazione di ciò che viene deciso), le implicazioni del carattere autoritativo delle pronunce dei giudici, la tensione dialettica tra caso e regola (la riduzione del caso a mera proiezione di una regola è una semplificazione giuspositivistica che ha fatto il suo tempo) meritano una considerazione autonoma rispetto ad altri problemi filosofico-giuridici. Altrettanto è a dirsi per la questione della creatività giurisprudenziale e della sua conciliabilità con l'applicazione di regole preesistenti, per il rapporto del giudice con la tradizione, per la ricerca dei fondamenti del “precedente” quale termine di confronto della giurisprudenza con se stessa; e via enumerando. La vocazione ermeneutica di giurisprudenza e dottrina manifesta delle diversità di cui non si può dar ragione senza specificare e rendere ben distinto il discorso su queste due componenti del sapere giuridico. Distinzione, tuttavia, non vuol dire separatezza: le influenze reciproche di giurisprudenza e dottrina sono innegabili; e altro è rilevare l'autonomia, maggiore o minore, di un tema, altro sarebbe considerarlo in modo irrelato, ignorando le connessioni disciplinari e interdisciplinari di quel che si assume ad oggetto di studio. Il rilievo che il giudice procede – istituzionalmente – caso per caso ed ha un compito eminentemente pratico non toglie, ma al contrario giustifica, uno specifico interesse ermeneutico per la sua opera. In essa, interpretazione della legge ed interpretazione del “fatto” s'intrecciano strettamente e s'illuminano a vicenda. E questo loro reciproco illuminarsi ha un significato profondo per tutta l'esperienza giuridica. Se è connaturale ad essa che l'interpretazione dei fatti sia in relazione alle norme, non è meno vero che, a sua volta, l'interpretazione delle norme, per essere concreta e sagace, deve misurarsi attentamente con gli elementi fattuali a cui queste hanno riferimento. Il “fatto” che viene in considerazione nel mondo del diritto non è mai un'entità

A compreensão tem como base o fenômeno conflitológico de interesses, este se apresenta como uma confluência dinâmica entre texto e contexto: de um lado para a formação do objeto do processo, com um perfil estático, ele representa a abertura de horizontes, para que se realize no objeto do debate processual, o qual tem caráter dinâmico, pois ele proporciona a compreensão um horizonte calcado na dialeticidade oportunizado com a historicidade. A compreensão hermenêutica denota ser uma fusão de horizontes que possibilite a gênese fundacional do direito pelo desvelamento do fenômeno em sua confluência entre contexto e texto. O fenômeno existencial não se satura, diferente do que ocorre com o texto¹⁰²⁷- direito como lei -, assim satura-se o texto em estaticidade, e ganha relevo o contexto, que se manifesta ao processo como metaforização da existência, que forma uma gramática processual posta a compreensão hermenêutica em um exercício dialético-dialogal efetuado pela historicidade que é explicitada junto a fundamentação da decisão.¹⁰²⁸

puramente naturalística, avulsa da influenze culturali; si presenta sempre qualificato o qualificabile in relazione a ciò che la legge prescrive, vieta, autorizza, protegge. Ma bisogna essere consapevoli, altresì, che l'interpretazione normativa è vuota astrazione se non va al di là del segno linguistico e non si collega con avvedutezza ai fatti sottostanti, reali o ipotetici. Ad esempio occorrerà chiedersi: questo modo di giocare è conforme alle regole del gioco? questo comportamento è fedele al patto? questo danno si può qualificare come ingiusto e quindi come tale da comportare risarcimento? Regole e principi giuridici si riferiscono sempre a classi di fatti; ed è indispensabile, per comprendere a fondo lo spirito della legge, saper guardare a questi fatti, saperli immaginare o rivivere. Lo richiede anzitutto la dimensione semantica del linguaggio naturale, in cui sono necessariamente scritte, oggi come ieri, nella civiltà tecnologica avanzata come in epoca arcaica, le tavole della legge. (MARINELLI, Vincenzo. Il problema dell'ermeneutica giudiziaria. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo. **Analisi e Diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. P. 157-158)

¹⁰²⁷El mundo del derecho está saturado de leyes. La *legalidad*, como correspondencia de la ley, se ha mantenido como la única unidad de medida jurídica y ha desahancado a la *legitimidad*, como correspondencia del derecho. Mejor, se ha adueñado de la misma, como había anticipado al comienzo del siglo pasado Max Weber, cuando había hablado de *legalidad como la forma exclusiva de la legitimidad* en la época moderna, una época de comportamientos políticos, económicos y sociales tendentes a la racionalización, a la estandarización, a la planificación, a la homologación, respecto de los cuales el Estado, por su parte, asume cada vez más los caracteres de una empresa tecnificada, funcionalizada, funcionarizada y burocratizada, para la que la ley es el equivalente del flujo de energía en un organismo vivo, de otra forma inerte. El lenguaje común, también aquí síntoma infalible de una condición espiritual, ha registrado esta trayectoria en cuyo final la ley ha fagocitado al derecho; la legalidad, a la legitimidad. Para decir que tengo razón según la ley, definiré como legítima, no como legal, mi pretensión, traicionando con ello la nostalgia por una dimensión jurídica perdida —la legitimidad del derecho, precisamente— y rindiéndola inconscientemente homenaje. Y eso sucede también en el lenguaje especializado: con la expresión Estado de Derecho, del siglo XIX en adelante, se designa en realidad un estado de leyes, un estado meramente legal. Esta condición nuestra de individuos legalizados nos parece perfectamente natural y no pensamos ni siquiera que durante épocas enteras ha sido diferente. Lamentamos la inflación legislativa, la legalización progresiva de todos los ámbitos de la vida, pero no sabemos imaginar nada diferente (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley, el Derecho y la Constitución*. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 24, n.º 72, Septiembre-Diciembre 2004, Pp.11-24.P. 14-15)

¹⁰²⁸La hermenéutica remite de otra manera a la fenomenología, mediante su recurso al distanciamiento en el corazón mismo de la experiencia de pertenencia. En efecto, el distanciamiento, según la hermenéutica, no guarda relación con la epoché según la fenomenología, sino con una epoché interpretada en un sentido no idealista, como un aspecto del movimiento intencional de la conciencia hacia el sentido. En efecto, a toda conciencia de sentido pertenece un momento de distanciamiento, de poner a distancia lo vivido, en la medida en que adherimos a ello pura y simplemente. La fenomenología comienza cuando, no contentos con vivir -o con revivir-, interrumpimos lo vivido para darle significado. Por eso epoché y orientación de sentido están estrechamente ligadas. Esta relación es fácil de discernir en el caso del lenguaje. El signo lingüístico sólo puede valer para algo si no es la cosa. De este modo, el signo implica una negatividad específica. Es como si, para entrar en el universo simbólico,

Pelo que foi explanado, vê-se que a hermenêutica tem como tarefa: *“comprender el sentido de las expresiones, acciones o acontecimientos, y decirlo de nuevo (decodificar el sentido y recodificarlo en otro lenguaje), hacerlo inteligible en un medio simbólico diferente de aquel en el que se constituyó originariamente como significante.”*¹⁰²⁹

O direito, pois, ontologicamente falado, é a conduta humana em sua interferência intersubjetiva apresentada pela dimensão coexistência e não meramente existencial que define-se como fenômeno social que se corporiza na coexistencialidade do homem, a qual é referida: por produtos culturais, que se apresentam com as condutas humanas em si mesmas: disso resta aludir que o direito e social e em um sentido mais profundo e exclusiva apresenta-se: pela linguagem, pela ciência, pela arte, pelas crenças, etc., tudo isso formam termos intencionais da

el sujeto hablante debiera disponer de un compartimiento vacío a partir del cual debe comenzar a usar los signos. La epoché es el acontecimiento virtual, el acto ficticio que inaugura todo el juego mediante el cual cambiamos signos por cosas, signos por signos, la emisión de signos por su recepción. La fenomenología es como la recuperación explícita de este acontecimiento virtual que ella eleva a la dignidad del acto, del gesto filosófico. Hace temático lo que era sólo operatorio. Por eso mismo, hace aparecer el sentido como sentido. La hermenéutica prolonga este gesto filosófico en el ámbito que le es propio: el de las ciencias históricas y, de modo más general, el de las ciencias del espíritu. La vivencia que la hermenéutica se esfuerza por llevar al lenguaje y elevar al sentido es la conexión histórica, mediatizada por la transmisión de los documentos escritos, de las obras, de las instituciones y de los monumentos que hacen presente, para nosotros, el pasado histórico. Lo que hemos llamado pertenencia no es otra cosa que la adhesión a esa histórica vivencia, a lo que Hegel llamaba la sustancia de las costumbres. A la vivencia del fenomenólogo corresponde, del lado de la hermenéutica, la conciencia expuesta a la eficacia histórica. De allí que el distanciamiento hermenéutico sea a la pertinencia lo que, en la fenomenología, la epoché es a la vivencia. La hermenéutica también comienza cuando, no contentos con pertenecer a la tradición transmitida, interrumpimos la relación de pertenencia para significarla. Este paralelismo tiene una importancia considerable, de ser cierto que la hermenéutica deba asumir en sí misma el momento crítico, el momento de la sospecha, a partir del cual se constituyen una crítica de las ideologías, un psicoanálisis, etcétera. Este momento crítico sólo puede ser incorporado a la relación de pertenencia si el distanciamiento es consustancial a la pertenencia. La fenomenología muestra que esto es posible, cuando eleva al rango de decisión filosófica el acontecimiento virtual de la instauración del compartimiento vacío que da a un sujeto la posibilidad de significar su vivencia, su pertenencia a una tradición histórica y, en general, su experiencia (RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 56-57)

¹⁰²⁹DE ZAN, Julio. **La ética, los derechos y la justicia**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004. P. 276.

consciência¹⁰³⁰, reflète essa consciência para com a descoberta do *ser* ideal, caindo-se em conta de que há uma estranha e sutil claridade de objetos que nossa consciência encontra fora de si¹⁰³¹.

El Derecho no es forma de vida, sino que es la vida misma bajo uno de sus aspectos irrecusables. El Derecho como la Moral abarca toda la conducta y toda acción contiene su aspecto jurídico y su aspecto moral independientemente, pues cada acción puede ser captada como conducta en interferencia intersubjetiva o como conducta interferencia subjetiva. La distinción es eidéticamente exhaustiva porque no hay otra manera de interferencia posible: o la persona interfiere existencialmente consigo misma en el hacer y el omitir, o interfiere con los demás coexistencialmente en el hacer y el impedir. Es verdad que nadie puede impedirme de pensar lo que se me ocurra en mi intimidad: pero esto no significa que este acto escape al ámbito jurídico por falta de conducta en interferencia intersubjetiva. La conclusión correcta, llena por su propia constitución esencial el hombre tiene la facultad jurídica de pensar íntimamente lo que se le ocurra. Despunta en este el valor jurídico de la persona, sobre el que alguna vez ha de levantarse la metafísica de la Justicia, como un límite óptico que el juego coexistencial no podría hacer desaparecer. La reinstauración del concepto de facultad jurídica tiene por aquí una vía que no se ha apreciado debidamente. Pero ha de decirse, sin embargo, que la abstracta conducta que presenta ese ejemplo limite, en los hechos se presenta encapsulada dentro de formas de conducta más directamente expresivos de su contenido anímico, por ejemplo pensar y comunicar, o pensar en cierto estado de reposo y tranquilidad, etc.. En tal caso, es obvio que la comunicación y el reposo son conducta compartida en el sentido antes definido y que la imposibilidad definidora de lo jurídico se ofrece en ellas plenamente. Con ello

¹⁰³⁰El Derecho, pues, ópticamente hablando, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Si lo dijo. Del Vecchio ya en 1906, aunque sin proyectar la afirmación en el plano fenomenológico que habría de hacerla tan fecunda. Con la intersubjetividad óptica del Derecho está apresada su dimensión coexistencia y no meramente existencial, y está definido como fenómeno social. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura es social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no a los productos culturales, sino al obrar humano en sí mismo considerado. Es así que toma acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impedida presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no a los productos culturales, sino al obrar humano en sí mismo considerados. Es así que toda acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impeditiva, presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe. (COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 80-81)

¹⁰³¹SICHES, Luis Recasens. **Los Temas de la Filosofía del Derecho**: en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934. P. 45-46.

volveríamos, sobre base realista, a la tesis de que lo jurídico abarca toda la conducta.^{1032,1033}

¹⁰³²Esta nueva aprehensión es la consideración óptica de la conducta como tal en su interferencia intersubjetiva de acciones posibles, que las constituye en el objeto del conocimiento jurídico cuando, sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente el ámbito total del Derecho para diferenciarlo de todo lo que fuere ajurídico. Esta intersubjetividad constitutiva del Derecho no ha entenderse como vulgarmente se la entiende al influjo de la tradición greco-escolástica. Esta ilustre tradición, al hablar de intersubjetividad como relación de alteridad, contempla el problema del destinatario beneficiario de la acción humana cuando este destinatario es otra persona que el propio sujeto actuante. Así se distinguen los deberes para con uno mismo, para con los demás y para con Dios, donde el Derecho figuraría en el segundo grupo a la par de la claridad, de la amistad, etc. (COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 80 e 81-82)

¹⁰³³Temos que aprender a restabelecer a dimensão plurívoca ou simbólica do existir humano, no mundo, aquela que deu origem à teoria clássica, isto é, a reconhecer que o homem também habita poeticamente e pessoalmente o mundo e que a sua praxis ou a difícil tarefa de dar rosto e figura às suas próprias possibilidades - *phroairesis* - é profundamente hermenêutica, dialógica e não exclusivamente tecnológica. Precisamos de reaprender a racionalidade da praxis, a sua verdadeira areté, que já os Gregos sabiam baseada no saber, na amizade e na escolha, embora apenas aperfeiçoada no estatuto livre do cidadão da *polis*. (SILVA, M. L. Portocarrero F. *Filosofia, Praxis e Hermenêutica: a perspectiva de H.-G. Gadamer*. In: **Revista Filosófica de Coimbra**, n.º 11, 1997, Pp. 63-84. P. 80-81)

A hermenêutica jurídica existencial fundada pela filosofia hermenêutica¹⁰³⁴ heideggeriana¹⁰³⁵ e a hermenêutica filosófica gadameriana^{1036, 1037} não pode ser vista como uma

¹⁰³⁴A *filosofia hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica filosófica gadameriana* tem sido acusadas de proporcionar um irracionalismo, circunstancia que afastaria (*sic*) a hermenêutica de qualquer proposta de discurso ético, alijando-a, conseqüentemente, de qualquer racionalismo na argumentação. *Evidentemente não e possível concordar com essa crítica*. Pensar assim e desconhecer o nível em que a (filosofia) hermenêutica (filosófica) se move, que e, precisamente, uma dimensão transcendental (não clássica). Não se trata, portanto, nesse nível, de um irracionalismo, mas, antes, da condição primeira que deve ser pensada para que se torne possível qualquer discurso ético. Desse modo, a filosofia hermenêutica, longe de negar qualquer aspecto da legitimidade da argumentação (ou de qualquer teoria discursiva), quer abrir o espaço em que todo o argumentar e possível. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105 e segs.)

¹⁰³⁵Não menos importante é Heidegger, procurando ultrapassar as concepções de ser e usando a pesquisa hermenêutica no centro de seu esforço ontológico. A noção de funcionamento da consciência como subjetividade transcendental, tão cara a Husserl, inspira Heidegger pela estrada teórica de sua ideia do ser-no-mundo. Tem-se, agora, uma Hermenêutica fenomenológica. E é a dimensão mesma de um método fenomenológico que o torna Hermenêutica. A fenomenologia não será necessariamente construída como revelação da consciência. É também um meio de revelar o ser. Fenomenizar-se é tornar-se manifesto. É um mostrar-se tal como é na própria manifestação. De forma que a investigação fenomenológica é também investigação hermenêutica. A essência mesma do conhecimento verdadeiro é ser dirigido pelo poder que a coisa tem de ser revelar. A interpretação se fundamenta na realidade que vem a nosso encontro, na manifestação da coisa que se nos depara. Não é, pois, algo da consciência humana. Não é coisa que se funde nas categorias. A compreensão é a capacidade que cada um tem de captar as possibilidades do ser, no conjunto do mundo vital em que cada um de nós existe. É ontologicamente essencial e antecede a qualquer ato do ser. Mas sua essência não reside na simples captação situacional de cada um, e sim na revelação das potencialidades reais do ser, no contexto de situação de cada um. Mas as entidades do mundo são captadas em relação ao mundo, o qual já é dado. O mundo físico do homem é formado por entidades que são no mundo, mas não são o mundo. Só o homem tem mundo; ainda assim só vê através dele. Dessa forma, o sentido dos objetos do conhecimento está na relação que esses experimentam com a totalidade de significações e de intenções, num sistema recíproco. Por ruptura, o sentido dos objetos se clarifica, emergido diretamente do mundo. Hermeneuticamente, não é o olhar analítico e contemplativo que revela o ser das coisas. Isso acontece no momento em que o ser sai da sombra e ingressa no contexto funcional do mundo. Não há interpretação sem pressupostos. A existência de posições prévias, por sua vez, decorre da verdade de que o encontra do interprete com o objeto interpretando não se verifica fora do tempo e do espaço, num contexto exterior ao próprio horizonte de experiências e de interesses. Pelo contrário, acontece num lugar e num tempo determinados. Todavia, há a pré-estruturação da compreensão, que não é somente uma propriedade da consciência a se pôr diante de um mundo já dado, assentando-se num mundo que já contém sujeito e objeto. Heidegger supera a dicotomia sujeito-objeto, imaginando uma espécie de estrutura ontológica de compreensão, na medida em que descreve a compreensão e a interpretação como algo posto antes dessa dicotomia. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1º Ed. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 176-177; Ver ainda: HABERMAS, Jürgen. **Verdad y justificación**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. P. 80-89; ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007; e GRONDIN, Jean. **Introducción a la Hermenêutica Filosófica**. Barcelona: Herder, 1999)

¹⁰³⁶Em sua análise da consciência histórica, Gadamer começa por Heidegger, inclusive no que tange à pré-estrutura da compreensão, a História é compreendida apenas e sempre à luz de uma consciência que se situa no presente. Mas existe uma operacionalidade do passado no presente, pois este só é visto e compreendido através da quadratura herdada do passado. No entanto, o passado é um fluxo no qual nos movemos, sem que a tradição se revele contrariamente a nós. Antes, é algo em que nos situamos e pelo qual existimos. É todo compreensão. o receptáculo e o meio de comunicação da tradição é a linguagem. Tanto a linguagem, como a dimensão histórica, quanto o ser estão inteiramente mesclados, a ponto de afirmar que a linguisticidade do ser é um acontecimento da linguagem na história e a história. A historicidade da compreensão consiste naquela temporalidade intrínseca da compreensão mesma, que encara o mundo sempre numa visão de passado, presente e futuro. Dessa forma, o sentido de uma obra do passado não há de ser buscado somente nos seus próprios termos, porém à vista dos questionamentos que se ponham sob o ângulo do presente, os quais, a seu turno, se focalizados como juízos próprios, são também juízos prévios, mais do que isso, constituem a realidade histórica do ser. Daí a importância que esses juízos prévios tem na interpretação. Não nos impede acolhê-los, da mesma forma como não nos compete rejeitá-los, pois são o substrato de nossa capacidade de compreensão histórica. Em Gadamer o problema, por conseguinte, não se acha na tradição ou na autoridade. Trata-se somente de um perpassar das concepções em cujo seio nos situamos. Basta, portanto, identificar corretamente os pressupostos adequados, separando-os daqueles que nos põe freios

teoria apregoada pela irracionalidade, pois ela visa compreender o Homem em sua existência representada por sua ontologia fundamental, formando-se de uma nova consciência filosófica, que há de ser elevada a teoria científica da arte de interpretar. Pode ser vista como arte, e de outro lado, como ciência, ou vice-e-versa; ou ainda melhor, ciência e arte.¹⁰³⁸ É correto afirmar que *se deu à hermenêutica o que a ela já pertencia*, significa dizer que foi reconhecido seu legítimo lugar entre as mais influentes explicações da constituição do indivíduo e das sociedades em uma coexistência propulsora de intersubjetividade múltiplas e incidentais.¹⁰³⁹ Ressalta-se, que: “*El hombre es un animal hermenéutico, porque habla, y por eso mismo la filosofía hermenéutica re-encuentra la unidad del hombre consigo mismo y con el mundo.*”¹⁰⁴⁰

Pode-se entender que a filosofia hermenêutica aporta uma mais profunda consciência das determinações operantes sobre qualquer interpretação e dos limites resultantes de qualquer pretensão de objetividade neste ponto¹⁰⁴¹, nasce assim como um novo paradigma cognitivo para

intelectuais, causando-nos prejuízos ao pensamento e aos modos aconselháveis de ver a realidade. Assim, a interpretação correta em si mesma é uma impossibilidade. É ilusório querê-la, porque a interpretação faz-se em relação com o presente, e este nunca é fixo. A aferição da correção interpretativa é uma questão relacional, donde a correção da interpretação é alguma coisa relativa. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1º Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 176-177; Ver ainda: HABERMAS, Jürgen. **Verdad y justificación**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. P. 80-89; ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007; e GRONDIN, Jean. **Introducción a la Hermenêutica Filosófica**. Barcelona: Herder, 1999)

¹⁰³⁷De todo modo, importa lembrar – como, alias, já referido no decorrer destas reflexões – que a hermenêutica não quer ter a última palavra; não se retira o valor da teoria da argumentação e de seu principal instrumento, a ponderação e os modos pelos quais esta e (ou pode ser) feita. A crítica aqui elaborada parte do espaço de fala da metodologia do direito compreendida como teoria do direito nesta etapa da história. Trata-se, pois, de uma questão paradigmática: o paradigma da filosofia da consciência possui especificidades (e por isso e um paradigma) que não guardam relação com a fenomenologia hermenêutica. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 294-295)

¹⁰³⁸En efecto, si entendemos, siguiendo a Aristóteles, la ciencia como un conjunto estructurado de conocimientos, en el que los principios dan la organización a los demás enunciados, podemos considerar como ciencia a la hermenéutica; y si entendemos —igualmente con Aristóteles— el arte o técnica como el conjunto de reglas que rigen una actividad, también podemos ver la hermenéutica como arte, que enseña a aplicar correctamente la interpretación. Esto se ve a semejanza de la lógica, que también es ciencia y arte: construye ordenadamente el corpus de sus conocimientos, y los dispone en reglas de procedimiento que se aplican a los razonamientos concretos. (PUENTE, Mauricio Beuchot. **Perfiles esenciales de la hermenéutica: hermenéutica analógica**. Proyecto Ensayo Hispánico. Teoría y Crítica. Disponible em: <<http://www.ensayistas.org/critica/teoria/beuchot/>>Acessado em: 30-12-2017. P. 2)

¹⁰³⁹Pero quedarse, sin más, en sus explicaciones, implicaría renunciar a partes cruciales de la filosofía moral, política y jurídica, dejar sin respuesta (o sin sentido) preguntas determinantes que tienen que ver, siempre, con la búsqueda de patrones normativos, llámense de justicia, de bondad, de legitimidad, de racionalidad, etc. (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenêutica y Derecho*. **Azafia, Revista de Filosofía**, 5, 2003, Pp.191-211. P.193)

¹⁰⁴⁰D'AGOSTINO, Francesco. **Interpretación y Hermenêutica**. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponible em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12/12/2017. P. 43-44.

¹⁰⁴¹Para JUAN AMADO este vê a importância salutar que detém a hermenêutica filosófica, mas este complementa ainda que para evitar à arbitrariedade desta interpretação a teoria da argumentação lhes complementar para a realização de uma atividade completa: ...ao tempo de que as teorias da argumentação se ocupam das pautas melhores para eliminar dentro do possível a arbitrariedade do raciocínio judicial, sempre, claro é, assumindo que este se desenvolve dentro de um irrecusável horizonte, que é um horizonte, também hermenêutico. (AMADO,

o saber e a prática jurídicos que envolvem a reformulação preliminar daquele território metodológico no qual são radicalmente delimitadas as possibilidades de percepção e funcionamento do direito, note-se que *ela* sugere formas alternativas, menos cientificistas e mais *historizadas*, que apreendem o direito como um entre diversos outros componentes do fenômeno normativo comportamental, essencialmente mais geral.¹⁰⁴²

A Filosofia Contemporânea, que pretende descrever a angustiada situação do homem de nossa época e que faz dele o centro de sua mediação, obriga a todos a revisar seus pontos de vista sobre a situação do jurídico no mundo (ser-aí) e sobre seu papel e seu sentido para a vida humana. Se filosofia é a permanente problematicidade, é dizer constante urgência por saber algo, necessidade inelidível de encontrar situações presentes, se faz imprescindível o replanejar dos mais importantes temas jusfilosóficos a fim de adequá-los aos aportes da filosofia última para aproveitar seus resultados e, sobretudo, sua metodologia. Apontam já os precursores desta atitude, precursores que experimentam a ânsia de marchar a fundação de uma nova Filosofia do Direito que tem como tarefa previa de aproximação nítida do fato fundamental da existência, para inserir em que o direito como uma de suas formar radicais.¹⁰⁴³

A fenomenologia hermenêutica dedica-se a explicitar esse modo de conhecer do mundo, do ser-no-mundo, do *Dasein*, sustentado pelo ser-em. Dele se alimenta toda a teoria do conhecimento¹⁰⁴⁴. A hermenêutica filosófica que antes parecia uma mera “conexão entre fundamento e ausência de fundamento”¹⁰⁴⁵, passa a *ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos*, dota-se assim de um espaço que deve ser examinado como sendo o lugar o qual se enraíza qualquer teoria do conhecimento ou da epistemologia¹⁰⁴⁶.

O adestramento e o governo das emoções¹⁰⁴⁷ mundanas toma uma infundável irreflexibilidade totalitária com o modelo de Estado Reativo, assim produzindo um poder Legislativo castrante dos fenômenos contextuais. Arquetipou o Estado uma democracia representativa que defende o representante com um formalismo legal e protecionista de seus

Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. **Azafea, Revista de Filosofía**, 5, 2003, Pp.191-211. P. 204)

¹⁰⁴²ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito**. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 233-234.

¹⁰⁴³SESSAREGO, Carlos Fernández. **Bosquejo para una Determinación Ontológica del Derecho**. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1950. P. 5.

¹⁰⁴⁴STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 23.

¹⁰⁴⁵VATTIMO, Gianni. **El fin de la Modernidad: Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna**. 2ª Ed. Barcelona Editorial Gedisa, 1987. P. 103-104.

¹⁰⁴⁶STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 476.

¹⁰⁴⁷CAMPS, Victoria. **El Gobierno de las Emociones**. Barcelona: Helder, 2011.

interesses; poder cunhado pelo Legislativo que cala o Judiciário, por ser este, no passado, uma das manifestações sociopolíticas mais importante no Império Romano; perde ele espaço com o formalismo, aprisiona o Juiz nesse estado racional e castrante de leis que enobrecem a Burguesia e tolhem as castas menos abastadas de direitos, lhes tratando como não-humanos; constitui o Legislativo um emaranhado de restrições à atividade Judiciária, reduzindo como subsuntiva à lei, e com isso o juiz em sua decisão judicial deve sempre motivá-la – motivar sua decisão –, evidenciando com ela o artigo de lei ao qual o suporte fático incidiu a regra. Ocorre assim, o aprisionamento dos fenômenos contextuais^{1048,1049}

O adestramento existencial em uma profunda irreflexibilidade dos fenômenos conflituais pelo movimento de textualização da vida deixa de lado os fenômenos contextuais. O Processo hodierno, a partir da onda renovatória processual, alcança os fatos da vida – fenômenos conflitológicos de interesse - e faz via círculo hermenêutico um alcance desses horizontes, os quais o processo alcança a gramática dos contextos representada por suas metáforas vivas e incandescentes operando nessa desconstrução, desleitura ou construção a compreensão hermenêutica.¹⁰⁵⁰

Produziu-se, a partir da construção de uma Ciência Processual procrastinada em muitos de seus estratagemas, um ancião Direito Positivo pandectista, elemento crucial para surtir efeito, tanto para as teorias do direito, como para as teorias do processo, formarem uma resposta antiformal e contradogmática desse pressuposto do direito como lei, com isso a interpretação jurídica muito exerceu suas atividades a serviço dos fenômenos contextuais. Clama a Ciência

¹⁰⁴⁸HUSSERL, Edmund. **La Crisis de las Ciencias Europeas y la Fenomenología Transcendental**. Barcelona: Editorial Crítica, 1991. P. 47, 149, 151, 156 e 282.; e BECH, Josep Maria. **De Husserl a Heidegger**. La Transformación del Pensamiento Fenomenológico. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2001.

¹⁰⁴⁹El formalismo en la concepción del derecho también es transferido automáticamente al terreno de la interpretación. Reconocer un espacio a los juicios de valor en la actividad interpretativa, desde este punto de vista, significa admitir la discrecionalidad de la interpretación judicial y negar objetividad al producto de la interpretación. El juez «boca de la ley» también es un juez que debe confirmar, con su labor, el extrañamiento del derecho respecto de los valores. Por el contrario, las teorías interpretativas antiformalistas están abiertas a la idea de que el juez puede considerar los valores en su labor. En tales perspectivas, el remitirse a los valores no es, inevitablemente, un ejercicio de discrecionalidad en sentido fuerte o radical, sino que puede constituir un camino obligado para una comprensión genuina del derecho. (ZACCARIA, Giuseppe. **Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción**. Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf>>. Acessado em: 30/12/2017)

¹⁰⁵⁰La giustizia non è unicamente il prodotto di un equo processo, ma forza centrifuga dell'intera istituzione-diritto, e sai la enorme che sovrintendono il processo, sai le singole procedure, nonché la sentenza del giudice, sono tutte caratterizzazioni di un'unica realtà giuridica che há incessantemente bisogno della verità quale presenza informata che si manifesta nella singolarità degli atti. La verità non è un prodotto del diritto e non vi reside se non nella misura di un *continuo disvelarsi*; in quanto il diritto non parla della verità se non nel silenzio, mentre la verità è presente nei discorsi del diritto come impulso che lo alimenta e lo poda. Um rapporto di mera conformità, sai essa legale rispetto alle norme, ideológica rispetto alle finalit , o processuale rispetto ai fatti limita il diritto nella sua portata di senso e lo confina a um destino di storicismo. (IACCARINO, Antonio. **Verit  e Giustizia** per um'ontologia del pluralismo. Roma: Citt  Nuova, 2008. P. 82-83)

Processual hodierna, submersa em um mundo de interpretações, uma compreensão hermenêutica¹⁰⁵¹ dos fenômenos conflituais, para assim considerar como elemento central os fenômenos conflitológicos de interesses como gênese do direito; desoculta o contexto e interesse junto ao texto, oportunizando revoluções importantes ao direito como adaptação existencial.

O fenômeno conflitológico de interesses¹⁰⁵² se estabelece textualmente e contextualmente¹⁰⁵³ em uma gramática processual constituída pelos objetos¹⁰⁵⁴, de um lado os objetos processuais formal e subjetivo são freados por um aspecto estático¹⁰⁵⁵ na formação do juízo, seguindo o processo assim a formação de um objeto do debate processual, sendo que este

¹⁰⁵¹La comprensión sería el resultado de un esfuerzo llamado interpretación. Uno debería decir, cuando menos, que una conclusión de este tipo no concuerda con toda la evidencia textual de que disponemos. (KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed.. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 46)

¹⁰⁵²Ahora bien la tarea de la fenomenología – en particular en los estudios dedicados a la constitución de la cosa – pone de manifiesto, de modo regresivo, estratos cada vez más fundamentales donde las síntesis activas rimiten continuamente a síntesis pasivas cada vez más radicales. La fenomenología queda así atrapada en un movimiento infinito de interrogación atrás en el que se desvanece su proyecto de autofundamentación radical. (RICOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 29)

¹⁰⁵³Si la facticidad, en Heidegger, es la manera de designar el carácter de ser de nuestra propia existencia; si ésta no se define como objeto sino como ella misma en su ser ahí, y que se despliega en un mundo normativo, entonces la forma de abordar la facticidad, por parte del Dasein, implica siempre una precomprensión normativa que lo proyecta existencialmente en ese mundo. El Dasein opera normativamente en el mundo de acuerdo con una precomprensión o un pre-habere normativo. (GARCÉS, Juan Pablo Posada. Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica. In: **Nuevo Derecho**, Vol. 5, Nº 6. Enero-Junio de 2010. Pp. 47-63, Colombia. P. 20)

¹⁰⁵⁴O ser-ai (*Dasein*) de Heidegger supera, no que tange ao problema do conhecimento, o solipsismo monadológico do sujeito moderno a partir da demonstração das estruturas existenciais do ser-no-mundo e dos existenciais do ser-em e do ser-com. A intersubjetividade se manifesta no conceito de significância, que se apresenta como o responsável pela formação dos projetos de sentido e significados que os seres-ai articulam no *Discurso*. A afecção e a compreensão propiciam a abertura do ser-ai, que, assim, se compreende, compreende o mundo e os outros seres-ai, no movimento circular progressivo do *circulo hermeneutico*. E desta dimensão de significância, portanto, que emerge a possibilidade do significado. Isto quer dizer que, quando produzimos um enunciado – que, por sua vez, foi resultado da interpretação da compreensão afetivamente disposta –, e porque já nos movemos antes compreensivamente nesta estrutura mundica chamada significância. Esta estrutura não tem o sentido do ver teórico contemplativo, mas, sim, o sentido da vida cotidiana de cada ser-ai. Desse modo, Heidegger inverte a polaridade clássica que reconhecia um privilégio teórico na formação do conhecimento, demonstrando o significado prático da compreensão que desde sempre temos do mundo. O aparecimento de conhecimentos mais sofisticados, como o caso do conhecimento científico, será demonstrado pela relação – igualmente circular – entre o *logos hermeneutico* e o *logos apofantico*, sendo que sempre restará uma dimensão prática acentuada no nível hermeneutico, compreensivo. A relação entre prática e teoria, portanto, terá essa característica circular, mas ambas estarão articuladas numa unidade, que é a antecipação do sentido. Ocorre que, desse modo, não podemos mais falar em “razão teórica” ou “razão prática”, uma vez que o termo “razão” vem imbuído da ideia solipsista que revestia o sujeito moderno. E por isso que, a partir de Heidegger, ocorre uma (re)introdução do mundo prático na filosofia. Note-se: *mundo prático* e não *razão prática*. Mundo, aqui, implica transcendência. Aponta para o fato de o ser-ai estar sempre “fora” de si mesmo na relação cotidiana que tem com os entes. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 351)

¹⁰⁵⁵Pero, por otra parte, al vincular así la explicitación a la aclaración de los horizontes, la fenomenología pretende superar la descripción estática que harta de ella una simple geografía de los estratos del sentido, una estratificación descriptiva de la experiencia; las operaciones de transferencia, que hemos descrito, del yo hacia el otro, luego, hacia la naturaleza objetiva, y finalmente hacia la historia, realizan una constitución progresiva, una composición gradual y en última instancia una génesis universal de lo que vivimos ingenuamente como mundo de la vida. (RICOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 67-68)

é elemento de uma dinâmica, abre espaços para que ocorra o jogo dialético-dialogal processual, pois essa forma inicialmente aprisionada transforma-se junto a dinamicidade processual¹⁰⁵⁶, evidenciando a abertura de novos direitos pelo bojo da compreensão hermenêutica em uma dinamicidade processual que vem a alcançar sua legitimidade democrática processual com a fundamentação das decisões, sendo ela o ápice dos horizontes reflexionados junto a fundamentação da decisão, legitimada pela administração da justiça; fusão (*auctoritas e potestate*) que amplia os horizontes formativos da gênese do direito^{1057,1058} “*Así, la legitimidad de una sentencia judicial depende, en grandísima medida, de cómo esta sentencia sea fundamentada.*”¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁶Con la formación, lo externo pasa a formar parte de uno mismo. La transformación que se opera no es una en la que uno se apropia de lo externo en función de realizar alguna otra cosa, sino que se trata, podríamos decir, a falta de una expresión mejor, de una transformación en la modalidad: lo que era realizado externamente es luego realizado íntimamente, lo que se realizaba con esfuerzo y, por decirlo de algún modo, accidentalmente, pasa a ser una capacidad permanente. Pero justamente la transformación que se opera en el resultado no es la capacidad para realizar otras cosas sino la interiorización de la capacidad. (KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. P. 73)

¹⁰⁵⁷Per un verso si tratta di un ampliamento di orizzonti che rispecchia uno dei tratti salienti dell'ermeneutica filosofica novecentesca, la quale si riconosce non come un metodo per interpretare un testo o, più in generale, come un insieme di dottrine, quanto piuttosto come uno stile di interrogazione filosofica, come un «modo per accostarsi ad un problema». Per altro verso, tuttavia, questo allargamento tematico ha reso più vaghi i caratteri distintivi del lavoro ermeneutico in campo giuridico. Se a partire dagli anni Sessanta del Novecento lo stimolo esercitato dall'opera di Hans-Georg Gadamer, e il nuovo statuto da questa riconosciuto al problema dell'interpretazione, aveva fatto da collante per filosofi del diritto di estrazione assai diversa, l'attenzione oggi riservata ad ambiti tematici in gran parte nuovi ha favorito un crescente disinteresse per i fondamenti dello stile ermeneutico, a vantaggio di forme di ibridazione con apparati concettuali ripresi dal neo-giusnaturalismo, dalla teoria del discorso, dal post-strutturalismo, dal neocostituzionalismo, dalle dottrine della democrazia deliberativa e così via. Un'ibridazione che testimonia certo la ricerca di un dialogo con altre tradizioni filosofiche, da sempre tratto distintivo dello stile ermeneutico, ma che rischia, per converso, di generare in quest'ultimo una progressiva perdita di identità. Credo tuttavia che proprio le nuove sfide cui è posta dinanzi la filosofia del diritto contemporanea consiglino di tornare a riflettere criticamente su alcuni snodi chiave della tradizione ermeneutica. Ciò non certo per preservare il suo codice genetico da mutazioni indesiderate, ma perché tali snodi conservano un carattere problematico che si presta a percorsi di ricerca ancora degni di attenzione. (CANALE, Damiano. **La precomprensione dell'interprete è arbitraria?** Disponível em <http://www2.units.it/etica/2006_1/CANALE.pdf>. Acessado em 31/01/2018. P. 1-2)

¹⁰⁵⁸... la acción significativa, se puede convertir en objeto de ciencia sin perder su carácter de significatividad, gracias a un tipo de objetivación similar a la fijación que se produce en la escritura. Mediane esta objetivación, la acción ya no es una transacción a la cual aún pertenecerá el discurso de la acción. Constituye una configuración que debe ser interpretada de acuerdo con sus conexiones internas. Esta objetivación se hace posible por algunos rasgos internos de la acción, que son semejantes a la estructura del acto de habla y que transforman el hacer en una suerte de enunciación. Del mismo modo que la fijación por la escritura se hace posible por una dialéctica de exteriorización intencional, immanente al propio acto de discurso, una dialéctica semejante dentro del marco del proceso de transacción permite que el significado de la acción se desprenda del acontecimiento de la acción. [...] En a misma forma en que un texto se desprende de su autor, una acción se desprende de su agente y desarrolla sus propias consecuencias. Esta autonomización de la acción humana constituye la dimensión social de la acción. Uma acción es un fenómeno social no sólo porque la ejecutan varios agentes de tal manera que no se puede distinguir el papel de cada uno del papel de los otros, sino también porque nuestros actos se nos escapan y ejercen efectos que no nos propusimos. (RICCOEUR, Paul. **Hermenéutica y Acción**. De la Hermenéutica del Texto a la Hermenéutica de la Acción. Ensayos de Hermenéutica II. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. P. 63-64 e 66)

¹⁰⁵⁹SALAS, Minor E.. ¿Qué significa fundamentar una sentencia? Disponível em: <<https://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>>. Acessado em 30-12-2017.

A compreensão hermenêutica operando junto ao Fenômeno Conflitológico de Interesses apresenta dupla tarefa: de um lado reconstruir a dinâmica interna do texto e, de outro, restituir a capacidade do fenômeno e projeta-lo ao exterior mediante a representação da adaptação existencial. Ocorre sob efeito do fenômeno conflitológico a fusão de horizontes entre questões de fato e de direito, distinguindo-as e sob efeito da interpretação reconstituindo e acertando o fenômeno a existência humana para romper o dogmatismo e possibilitar o contradogmatismo revolucionário acertando na adaptação existencial.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁶⁰RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. P. 34.

4.3 - Responsabilidade Sociopolítica do Estado-Juiz e seus Reflexos na Legitimidade Democrática Processual¹⁰⁶¹

Sin derecho, la política no podría actuar; sin política, el derecho no podría evolucionar.¹⁰⁶²

A responsabilidade sociopolítica^{1063,1064} do juiz conecta-se com a adaptação existencial, com o dever de reconhecer o direito nas relações intersubjetivas e a devida tutela dos interesses

¹⁰⁶¹In effetti il giudicato è un aspetto connaturato alla funzione sociale dell'atto di composizione della lite e risponde essenzialmente all'interesse delle parti, prima di essere un elemento della funzione sovrana dello Stato di rendere giustizia. Il giudicato è, si potrebbe dire, una istituzione sociale prima che statale. Quando le parti domandano ed ottengono un giudicato per la tutela dei loro diritti, la stabilità del risultato del processo è protetta al massimo grado e gode di copertura costituzionale, non per una ragione di Stato, ma perché ciò realizza l'interesse della parte vittoriosa (e anche della parte soccombente a non essere più destinataria di ulteriori pretese della controparte, entro i limiti oggettivi del giudicato). L'autorità di cosa giudicata nel settore civile, al pari di altre situazioni che determinano l'esaurimento del rapporto, è in via di principio protetta dalla Costituzione, in funzione di tutela della certezza e affidamento che discendono dalla garanzia dello Stato di diritto, non solo nei confronti di successivi interventi retroattivi del legislatore, ma anche nei confronti di successive dichiarazioni di incostituzionalità delle norme applicate dal giudice. Stato di diritto significa, da un lato, effetto utile del potere esercitato in forma giuridica. Stato di diritto significa, dall'altro lato, anche limite imposto dal diritto al potere. Il giudicato rientra fra questi limiti che il diritto impone al potere: al potere delle parti, al potere del giudice, al potere dei terzi, al potere del legislatore, al potere della Corte costituzionale che dichiara l'incostituzionalità della norma sulla base del quale il giudice. Ma la soluzione di una indiscriminata intangibilità del giudicato appare troppo rigida. In un ambiente in cui si afferma il bilanciamento delle garanzie costituzionali le une con le altre, perché mai la garanzia costituzionale del giudicato non dovrebbe poter essere bilanciata? E se al giudicato non è stata data ancora esecuzione al tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale si potrà tollerare un'esecuzione forzata *contra constitutionem*? Non la tollera per esempio l'ordinamento tedesco, ove si prevede che, se la decisione non è stata ancora eseguita, l'esecuzione forzata non è ammessa e la dichiarazione di incostituzionalità può fondare l'opposizione all'esecuzione ai sensi del § 767 ZPO (cfr. il già citato § 79, comma 2 BVerfGG). (CAPONI, Remo. **La crisi del giudicato**. Intervento al XXX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile su La crisi del giudicato, Muravera (Cagliari), 2-3 ottobre 2015. P.7-8)

¹⁰⁶²VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado: fundamentos de filosofía política**. México: Trilla, 2002. P. 72.

¹⁰⁶³La virtualidad de un sistema jurídico, depende fundamentalmente de los jueces que lo hacen valer cuando es necesario. La crisis del ancien regime, trajo consigo una desconfianza política hacia el juez que se vio reducido en el Derecho continental a mero intérprete mecánico de la Ley. El origen de los tribunales de cassación responde al designio político de evitar interpretaciones aisladas o excesivamente personalistas que frustraran la unidad política del ordenamiento en cuanto es objeto de aplicación. El fundamento de los modernos tribunales constitucionales de jurisdicción concentrada no está muy lejos de aquél que propició a aquéllos en especial las cuestiones llamadas de prejudicialidad constitucional. A cambio de estos controles indirectos sobre el ejercicio libre de su función que tienen un sentido político jurídico – aunque contrapesado por el carácter de organización judicial o jurisdiccional que revisten estos altos tribunales – los jueces gozan de independencia y están inmunes a las exigencias de responsabilidad políticas *strictu sensu*; es decir, ni pueden ser removidos por pérdida de confianza. Ni pueden ser obstaculizados en la carrera judicial por méritos o desfavores políticos. Tampoco responden ante un cuerpo electoral que los nombre o censure durante el ejercicio de sus actividades. Esta inexigibilidad directa de la responsabilidad política no significa, ni mucho menos, que el quehacer de los jueces careza de componentes políticas. Por el contrario son corresponsables con el órgano parlamentario encargado de mantener vivo y en adecuado nivel de eficacia el bloque normativo, del sentido de realidad del ordenamiento jurídico y de la vigencia de los valores sociales y comunitarios que encarna. En gran parte la estabilidad social depende de un buen sistema de administración de justicia. (PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **La Responsabilità del Giudice**. Milano: Giuffrè Editore, 1995. P. 224)

¹⁰⁶⁴Los jueces se ubican en el entramado social y no fuera de él, pese al rol técnico que ostentan. Más allá de que deben atender prioritariamente a las necesidades del "caso" bajo examen, ello no los releva de ver la sociedad en su conjunto. Esa inserción conlleva derechos, pero también deberes, que hacen a la pertinente *responsabilidad social en su función*. Generalmente, se ha visto la responsabilidad judicial desde el plano individual, del estatuto

que afetam a esfera do ser (a política civil é a política que afirma o valor fundamental da cidadania ¹⁰⁶⁵ – o princípio de que nenhuma pessoa na sociedade ficará desprotegida)¹⁰⁶⁶, seja tratando-se de situações nas quais o direito subjetivo protege, como em situações as quais a lei não abrange o interesse reclamado.¹⁰⁶⁷

A responsabilidade sociopolítica do Estado-Juiz conecta-se com a tutela de um interesse desprotegido, o qual pode estar em uma zona não abrangida pela norma, não devendo, fundamentado na ausência de regulamentação legal, o Estado-Juiz se esquivar, pois possui o dever de hierarquizar os interesses sociais, criando o direito pela *auctoritas*, a qual é legitimado pela *potestas*, fundamentada na colaboração reativa (governança processual das partes), a partir da dinâmica processual.

O fenômeno conflitológico de interesses figura como a aderência ao processo dos reclames existenciais não normatizados trazendo novas situações expressões de direito ao

del magistrado. Es hora de avanzar en la dimensión social. En la actualidad, y de la mano de los llamados “nuevos constitucionalismos”, se ha realzado la figura del magistrado (el famoso “juez Hércules” del que hablaba Dworkin), adobándolo con ribetes protagónicos y proactivos en el “descubrimiento” —a veces sin la debida *interpositio legislatoris*— de nuevos derechos y facultades. En el contexto que a descripto, la responsabilidad social judicial se incrementa, ya que el magistrado asume un papel destacado en el juego de las instituciones, a veces con roles supletorios no adecuadamente reglamentados ni definidos. Dentro de estos bordes borrosos, es donde se debe mover la responsabilidad del juez. (CARNOTA, Walter F. **Responsabilidad Social de los Jueces**. Editorial Infojus. Disponible em: <www.infojus.gov.ar.>. Acessado em: 30/12/2017. P.237)

¹⁰⁶⁵La política es más que una lucha por un poder materializado en un bien por sí mismo positivo. En este sentido, va más allá de la «política del poder». Del mismo modo, lo político no se agota en el actuar conjunto en cuanto tal. En un sentido enfático, la praxis política es más bien la configuración activa o la influencia sobre un actuar en común, pero tal comunicación o influencia no es ninguna comunicación meramente orientada al acuerdo o el mutuo entendimiento, sino que sirve para imponer intereses o valores. La política siempre es política de poder en la medida en que no cabe disociar la comunicación política del actuar estratégico. Un ser que se orienta meramente al acuerdo y al mutuo entendimiento es una abstracción no solo en un sentido político, sino también en un sentido antropológico, es más, incluso en un sentido ontológico. No es el consenso, sino el acuerdo basado en transigencias recíprocas lo que, en cuanto equilibrio de poder, constituye el actuar político. Compromittere significa encomendar la decisión sobre un asunto a la sentencia de un árbitro. Es decir, la política es una praxis del poder y de la decisión. (HAN, Byung-Chul. **Sobre el Poder**. Barcelona: Herde, 2005. P. 101)

¹⁰⁶⁶Obrigaçao e Civilidade. In: NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transiçao ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 142 e 138 e segs.)

¹⁰⁶⁷*Cuando el filósofo descende de sus alturas habituales para compartir las tareas de juez o legislador, parece renunciar a su libertad de pensamiento para trocárla por el pesado fardo de la responsabilidad. Pero con el cambio a menudo adquiere una nueva y libertadora experiencia: el sentido inherente a la acción de dirigir.* El derecho presenta una antítesis semejante a la anterior en sus relaciones con otras ciencias sociales. En efecto, puede considerarse que el Derecho es la más antigua y rica de las ciencias sociales. Antes de que existieran psicólogos, los jueces y dialogaban con problemas de responsabilidad e intencionalidad, y su trato con estas cuestiones ha sugerido a muchos – hasta en nuestros días – que allí se encuentra contenido un conocimiento más profundo que aquel que se exhibe en los textos de psicología. Por su parte, los economistas, una vez que han agotado todos los recursos que les proporciona su propia ciencia, se dirigen al Derecho en busca de una visión más penetrante acerca de la naturaleza de los dispositivos institucionales que resultan esenciales para una economía libre. Los filósofos descubren en el Derecho un sentido de la disciplina que se halla ausente de sus – en ocasiones – errabundas investigaciones: disciplina que se manifiesta al aceptar la responsabilidad que implica la asunción de decisiones, en atención a las cuales los hombres han de regir sus vidas. El filósofo que aún no sea rey o juez puede decir de su profesión: Transitamos por lugares más altos, universales, necesarios. Nuestras decisiones nos revisten esa ingrata cualidade de irrevocabilidad y no tejen alrededor nuestro una red uniforme que nos aprisione. Si nos equivocamos sólo tenemos que rectificar nuestro pensamiento. (FULLER, Leon. **Anatomía del Derecho**. Caracas: Monte Avila, 1969.P.10-11)

processo, para que este transforme o conflito em direito.¹⁰⁶⁸ A legitimidade democrática processual da criação é o reflexo da responsabilidade sociopolítica do juiz, que explicita em suas decisões o *ius facere* (decisões criativas com carga política) fruto da *auctoritas* judicial, que em um Estado Democrático são legitimados, fruto da democracia participativa, na *potestas* das partes processuais.

Pode-se afirmar que a reponsabilidade sociopolítica do juiz é produto da administração da justiça, com as novas aquisições de sentidos do Estado Ativo-Responsivo que pode ser visto como Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito: “...uma instituição responsiva (ou seja, responsável) conserva a capacidade de compreender hermeneuticamente o fenômeno conflitual”¹⁰⁶⁹.

A responsabilização sociopolítica do Estado-Juiz por sua decisão faz com haja a possibilidade de se desenhar um novo modelo de gestão pública, com a responsabilidade partilhada nas decisões. Chamado na Europa de *new public management*, envolve a defesa da gestão empresarial em detrimento da gestão pública, considerada burocrática e ineficiente, com três consequências como a primazia do mercado, a redefinição das estruturas organizativas e a insistência em indicadores de performance (CNJ em números) “*A adoção de um conjunto de reformas em vários países vem, pois, produzindo novas políticas estruturais ais níveis da administração judiciaria e da gestão processual com implicações profundas e controversas na atividade diárias dos tribunais e dos juizes*”¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸Les conflits sont la plus grande plaie de l’orde judiciaire. C’est tine sorte d’interdit lancé sur les tribunaux. A l’aide d’un conflit que pent élever même un préfet de police, in n’est pas de cour dont la jurisdiction ne puisse être a l’instant paralysee; il n’est pas de question personnelle ou de propriete qui ne puisse être transportee au conseil d’état et jugée par des fonctionnaires amovibles, sous la présidence du ministre qui les nomme et qui peut les révoquer. A quoi donc a servi d’abolir par une loi expresse les évocations et les cominitimus! Les commitimus contre lesquels on a tant réclamá! et qui n’avaient cependant pas pour effet d’enlever les affaires à la connaissance des tribunaux; mais seulement d’abrèger les degrés de juridiction, et de transporter immédiatement la cause en appel! Les conflits ont-ils pu survivre à la Charte, qui a proclamé solennellement que nul ne peut être distrait de ses juges naturels? - Je ne le pense pas. J’ai soutenu devant la cour, et je sountiens encore en terms de droit, que la pratique des conflits est incompatible avec cette disposition de la Charte. Je le plaiderai en toute occasion, et j’espère tôt ou tard le faire juger ainsi. la jurisprudence m’apprendra si je me suis mépris. déjà, dans une ocasion mémorable, j’ai obtenu arrêt, qui prononcé, en présence d’un conflit, par voie de simple sursis; et qui, en même temps, a ordonné sur le fond un toutes choses demeurant en état, qui paralysait la décision du premier juge. La cour, en cela, n’a fait qu’user de son droit. Dans l’état actuel des choses, l’ordre judiciaire este indépendant: il a une jurisdiction qui lui est propre, et dans aquelle il faut bien apparemment qu’il ait le pouvoir de se maintenir (DUPIN, M. **Opuscles de Jurisprudence**. Paris: Auguste Durant, Libraire, 1851)

¹⁰⁶⁹Uma instituição formalista e presa a regras não está realmente em jogo em seus conflitos com o seu ambiente. Provavelmente se adaptará de modo oportunista porque carece de critérios necessários a uma reconstrução racional de políticas inadequadas ou ultrapassadas. Somente quando uma instituição é verdadeiramente propositiva pode haver uma combinação entre integridade e abertura, norma e discricção. É por esse motivo que o direito responsivo prospupoe que o propósito pode vir a ser válido o suficiente para assegurar uma produção adaptativa de normas. (NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 125 e 126)

¹⁰⁷⁰Do ponto de vista diacrônico, sabemos bem como estas questões manageriais apenas recentemente chegará a Europa, particularmente a da civil law, sobretudo a partir de meados da década de 1990, perante um cenário

A responsabilidade sociopolítica tem o fim de transcender os limites aclarados na decisão e visa um resultado atribuível a um elemento de controle culturalmente aceitável como meio adaptativo existencial do fenômeno, balizado como conflitual. Existe assim um aumento do protagonismo Processual, o qual, com a colaboração reativa pelo contraditório constitucionalizado, somado, e, por fim, atribuído ao debate pelo jogo processual na fundamentação da decisão, ultrapassa suas linhas textuais e politiza-se via responsabilidade sociopolítica do Juiz. Portanto, com a intervenção em uma colaboração reativa das partes ao final do Processo as alegações destas podem ser modificadas umas em respeito das outras desocultando o fenômeno conflitológico de interesses com a operação da compreensão hermenêutica.¹⁰⁷¹

O maior protagonismo que a comunidade espera dos juízes e a conseqüente responsabilidade social que se espera destes se sustenta não somente na expansão de outros ramos do governo a partir do Estado de bem estar social, senão em razão de uma maior

caracterizado pela contracção dos recursos disponíveis e pelo aumento, por vezes insustentável, da morosidade processual e com a conseqüente defesa de uma política de ruptura quanto às práticas judiciais, muito também por influência da disseminação generalizada do *new public management*. Até aqui, através do modelo de administração burocrático, típico do Estado Liberal (Estado Reativo), a administração era gerida com base num modelo hierárquico de burocracia, composta por funcionários, admitidos com base em concursos, neutrais nas suas decisões e cujo objetivo é o interesse geral, cabendo aos políticos a decisão e formulação dessas políticas. Como ponto negativo deste modelo era comumente apontado o uso excessivo de formalismos geradores de uma cultura de elevada resistência à mudança. Em contraponto, nas últimas décadas do século XX começou a desenhar-se um novo modelo de gestão pública, caracterizado, no essencial, por uma gestão profissional, de tipo empresarial, fomentando-se a responsabilidade partilhada das decisões. Deste modo, em termos teóricos, o já referenciado *new public management* envolve a defesa da gestão empresarial em detrimento da gestão pública, considerada burocrática e ineficiente, resultando, em termos práticos, da adopção da administração empresarial três conseqüências a reter: a primazia do mercado, a redefinição das estruturas organizativas e a insistência em indicadores de performance (ex Brasileiro CNJ em números). Os utilizadores da administração pública são enquadrados como consumidores, ou clientes, com a conseqüente introdução de mecanismos de gestão e avaliação de qualidade. Em relação aos gestores e dirigentes públicos, exige-se que tenham capacidade de liderança, mobilização dos funcionários, assumindo a responsabilidade de obtenção de resultados. A presente concepção dos novos objetivos da Administração Pública levou à administração de um novo modelo de administração e gestão, o Modelo da Qualidade Total, baseado nos fundamentos do modelo funcionário e que parte de um modelo europeu de excelência de gestão pela qualidade consagrado pela Fundação Europeia para a Qualidade de Gestão, criada em Bruxelas em 15 de setembro de 1988. Constituem princípios organizacionais fundamentais da nova concepção de administração pública a liderança, a motivação dos funcionários, o desenvolvimento de uma cultura organizacional, a comunicação e, finalmente, a introdução de novas tecnologias (MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 117-118)

¹⁰⁷¹El juez también, se ha visto sometido al rito pasajero, para juzgar es necesario adquirir un reconocimiento particular o estatus dentro de la estructura social. En las sociedades modernas los ritos necesarios se entrelazan con la maestría del aprendizaje y la ideología que denominamos profesionalidad. El pre-juez se configura desde un estado de transición de estudiante a estudiante de Derecho y de ahí a abogado y de abogado a juez, y cada paso del proceso ha de ir acompañado de ritos claramente preestablecidos. Su nuevo estatus, además de proderoso y prestigioso, exige que el juez comporte de acuerdo con las normas sociales. No es una exageración señalar como la fase de reserva de a ruta de acceso a la judicatura implica la humillación proporcionada por ritos de iniciación ritual, que han sido durante mucho tiempo experimentados en la Facultad de Derecho. (CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 160 e 161-162)

participação social na tomada de decisões.¹⁰⁷² Razão pela qual os efeitos na atividade jurisdicional não são diferentes.¹⁰⁷³

A função jurisdicional se manifesta no seu momento culminante quando cristalizado na decisão judicial, que é o ato de autoridade do Estado mediante o qual se resolve o fenômeno conflitológico de interesses “...*se dice que la sentencia es como la ley del caso concreto, la lex singularis, la norma individualizada*”¹⁰⁷⁴. A necessidade que o processo satisfaça às partes e a sociedade consubstancia-se na exclusão da justiça privada.¹⁰⁷⁵ Na colaboração reativa a *potestas* é partilhada. O juiz equipara-se a parte e parte é, administrando a justiça e assim tendo ele e as partes *potestas*.

O seu julgar pela autoridade do império na atualidade é justificado com as funções processuais delineadas como deveres do juiz que se encontra em igualdade processual com as demais partes envolvidas no Processo. Essa função processual tida como administração da jurisdição reflete-se como uma pluralidade de faculdades das partes, pois existe a colaboração das partes para com o desvelamento do fenômeno posto a compreensão hermenêutica. De tudo isso resta a responsabilidade social do Estado-Juiz, pois a decisão judicial é refletida para fora do Processo após operada a compreensão hermenêutica.¹⁰⁷⁶

Clásicamente, la función judicial ha sido vista como la tarea necesaria para la motorización o activación de los derechos fundamentales, lo cual es muy cierto. Ello, empero, no debe tornar al juez insensible al contorno social que lo rodea. No se adjudica en el vacío. No se imparte justicia en el aire. Se dice el derecho aquí y ahora.

¹⁰⁷²A 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* (J. HABERMAS, 1992), 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, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. P. 163-164)

¹⁰⁷³BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. **Civil Procedure Review**, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 51.

¹⁰⁷⁴Y como dicha sentencia, una vez firme, se fortalece y consolida con su autoridad de cosa juzgada – que impide la reanudación del debate y se arma de fuerza ejecutoria – en virtud de la cual el poder del Estado se pone al servicio del vencedor para asegurarle el goce de su derecho con el sometimiento compulsivo del vencido. (EISNER, Isidoro. **La Inmediación en el Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1963. P. 10-11)

¹⁰⁷⁵La necesidad que el proceso así entendido tiende a satisfacer, atañe a la plenitud del orden jurídico, o en otros términos, a la exclusión de la justicia privada. La consolidación del derecho exige que no puede haber casos en los cuales los ciudadanos tengan que recurrir a la guerra para la regulación de sus intereses recíprocos. (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 30)

¹⁰⁷⁶Ecco perché il collorario di una discussione sulla discrezionalità del giudice non può che essere il dibattito sulla sua responsabilità, fermo restando il principio dell'indipendenza, non già assoluta ma relativa alla funzione del decidere in base ai principi e ai valori insiti in un ordinamento. (DÍAZ, Adrián Rentería. *Discrezionalità del Giudice o Risposta Corretta?* **Revista de processo**, n.º 83, Ano 21, Julho-Setembro 1996, Pp.128-164. P.164)

No se trata de la construcción de una sentencia hermosamente escrita, el juez debe intentar “contar con una cierta facilidad de tener, siempre, el oído atento a esa realidad”. Por lo demás, se ha afirmado que “toda sentencia es una decisión que se pronuncia en nombre del Estado, de la comunidad política en su conjunto”. No es menor la responsabilidad de los jueces a la hora de forjar consensos. Al respecto se ha dicho, abogando por ello: “las sentencias de los jueces no son solo piezas formales protegidas por el principio de legalidad, sino que constituyen el vehículo mediante el cual se procura que agentes sociales que tienen intereses muy diferentes y aun antagónicos logren construir un espacio de convivencia colectiva mediante el uso de recursos racionales”. El juez no debe perder de vista la sociedad que lo circunda. Se dice que el derecho público provincial es más “retratista”, en opinión de Sagüés, y es posible que ello así sea. Es difícil no serlo en el marco de sociedades más pequeñas. En cambio, en el plano federal, y cuánto más elevado es jerárquicamente el Tribunal que dicta el fallo, se corre el riesgo de ver el árbol sin percibir el bosque.¹⁰⁷⁷

Essa responsabilidade está conectada com o processo, pois a criação do direito frente ao fenômeno exaspera em uma decisão judicial que supera o sentido de simples declaração “*El legislador sustancial es incapaz de seguir cerca la evolución de la sociedad y de sus problemas y de satisfacer de manera adecuada la necesidad de derecho que ésta expresa. La jurisdicción resulta ser una función creadora de nuevos derechos.*”¹⁰⁷⁸.

Diante do exposto, galga, junto a isso, Responsabilidade Política e Social, as quais eram somente estatuídas e direcionadas ao Poder Legislativo detentor da representação do povo. Note-se que o Poder Legislativo cria mecanismos Legais para responsabilidades cível e penal¹⁰⁷⁹ para o Judiciário, tolhendo tal órgão do Poder que ambos os poderes detinham, mas ocorre o deslocamento nascendo uma crise Estatal Institucional que é uma “*crisis de la soberanía estatal, que se manifiesta en la dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales*”¹⁰⁸⁰.

O Poder Judiciário foi aprisionado a mecanicidade da subsunção interpretativa da Lei, que até então era o Juiz detentor da *iurisdictio*¹⁰⁸¹ (dizer o direito) foi então penalizado como o

¹⁰⁷⁷CARNOTA, Walter F. Responsabilidad Social de los Jueces. **Editorial Infojus**. Disponível em: www.infojus.gov.ar. Pp.235-244. P.243-244.

¹⁰⁷⁸RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 19, 2007, Pp. 1-19.

¹⁰⁷⁹Observar as questões em *error in iudicando* e *error in procedendo* no tocante à responsabilidade civil e penal do juiz, consultar : KRAEMER, Eduardo. **A Responsabilidade do Estado e do Magistrado**: em decorrência da deficiência da prestação Jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁰⁸⁰FERRAJOLI, Luigi. **Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en las crisis del Estado Nacional**. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. P. 110.

¹⁰⁸¹Mas somente no século XVIII essa forma da diferenciação do sistema jurídico acabou por impor-se plenamente. Antes estava em jogo um princípio de significação apenas limitada, necessário apenas para efeitos de técnica de regulamentação. Esse princípio estava na *iurisdictio*, concebida como unidade e como tarefa da *societas civilis*, quer dizer, desde o fim da Idade Média como tarefa o estado territorial governo pelo príncipe. Qualquer separação mais profunda entre legislação e jurisdição teria posto e perigo a unidade do estado territorial política e juridicamente autônomo, que estava então em formação. Somente no século XVIII os homens passam a aceitar, sob a proteção do Direito natural e do Direito da razão, a ideia de que todo e qualquer Direito é Direito Positivo

Juiz boca da lei. Reduziu-se sua atividade e com o decorrer dos tempos o Parlamento foi criando junto à subsunção interpretativa da lei um conjunto de Responsabilidades, sendo elas a Responsabilidade Civil e Penal pelos danos causados por interregno de suas atividades jurisdicionais. Somado a isso as Constituições Modernas atribuíram ao Poder Judiciário: Responsabilidade Política.¹⁰⁸²

A autoridade passa a investir-se das funções de seu poder por meio da Jurisdição¹⁰⁸³ pois, além da responsabilidade social¹⁰⁸⁴ e política¹⁰⁸⁵ de tal órgão e o mesmo será responsabilizado civil e penalmente, não a partir de sua criatividade, mas pelos erros e excessos¹⁰⁸⁶ quando a decisão é marcado por subjetivismo não fundamentados.^{1087, 1088}

segundo a substancia das normas e a efetividade; somente com isso a ideia da autolimitação agudizada. O que foi designado acima como proteção através do Direito natural e do Direito da razão pode ser importante como referência em questões de justificação, mas o próprio sistema jurídico aplica-se agora somente o Direito Positivo, que pode ser reduzido ao próprio sistema. (LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n.º 49, ano XVII, jul.1990. Pp. 149-168. P. 150)

¹⁰⁸²Mas, quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de Ativismo Judicial em contraposição à autoconcentração judicial, o que em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que do erro. [...] A isso também se presta o equilibrado ativismo judicial, servindo de alerta aos demais poderes para que estes, efetivamente, cumpram suas atribuições. (JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013. P. 104 e 105)

¹⁰⁸³Para Peter Haberle, está é a Primeira fase do que se refere a Jurisdição Constitucional, em: HÄBERLE, Peter. **La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale**. Disponível em: < <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/HaerberleRom.doc> > Acessado em 07/02/2018.

¹⁰⁸⁴Delineia todas as responsabilidades do Juiz, mas em destaque encontra-se a delimitação e demonstração histórica de sua responsabilidade social, em: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Fabris, 1989.

¹⁰⁸⁵Ver quanto a responsabilidade política: FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

¹⁰⁸⁶Muito bem apontados os momentos histórico em que o Poder Legislativo elabora tais responsabilidades civil e penal para tolher o Juiz de sua atividade e balizá-lo à mecânica da aplicação da Lei (afastando-o da aplicação do Direito), tais responsabilidades parecem ter fortalecido a atividade judicial perante a sociedade, e além destas responsabilidades, o Poder Legislativo por sua inatividade como representante do povo passa a ter um Poder Judiciário ativo que recebe pela insatisfação do povo a responsabilidade política de representação da qual foi sempre tolhido desde a construção do Estado Moderno. Ver: TORRES, Miguel. **El Juez Español**. Lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser. Madrid: San Bernardo, 1875

¹⁰⁸⁷As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. [...] Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles propõem a tomar. [...] As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política. (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 137-138)

¹⁰⁸⁸Orbene, è proprio questo l'effetto della preposizione politica: anzi, ben può dirsi che essa rappresenti un efficace strumento per rafforzare la possibilità —di cui si è detto in precedenza— di individuare un caso concreto quale esempio di un criterio generale di condotta, senza la necessità di “ulteriori direttive”. Nominare un interprete ‘di fiducia’ ovvero un interprete che in qualsiasi momento può essere rimosso dal suo ufficio ne condiziona l'attività ermeneutica, prevenendo il rischio che, tra più significati che possono essere conferiti ad un termine generale, ne venga scelto uno non rientrante nell'‘accordo interpretativo’ posto dal proponente e che, all'atto di applicare la norma e di stabilire se un caso concreto vi rientri o meno, si dia rilevanza a circostanze anch'esse

Afastando-se da ideia de juiz garantidor ou criador de direito alternativo, o presente estudo propugna um juiz que cria direito em locais ainda não alcançados nem pela lei nem pelo próprio direito (*ius*), pois o direito é adaptação existencial das condições humanas. Aumenta assim a responsabilidade do juiz, compatível com um direito responsivo e ativo do/no Estado, procedimento que implica na ampliação da função do juiz. Quanto maior sua responsabilidade sóciopolítica, mais evidente será a legitimidade para a criação do direito, eis que deverá absorver e dar relevo/respostas concretas aos fenômenos conflitológicos, propiciando novos direitos, estes reconhecidos no contexto existencial das condições humanas em seu tempo e modo de construção social.

Pelo fato de que o “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juizes. A justiça constitucional, especialmente na forma do *controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade*. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no Estado Moderno o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle. [...] E um aspecto dessas *novas responsabilidades, talvez ainda mais incisivo e freqüentemente anterior, foi o crescimento sem precedentes da justiça administrativa, vale dizer (mais precisamente), do controle judiciário da atividade do exercício e de seus derivados*.¹⁰⁸⁹(g.n)

Necessário, assim, para a superação do sentido meramente declaratório da decisão fruto de um *aplicador* de um *ius dicere* afastado da criação – interpretação e criação do texto - , ser revisto o papel da função judicial, redimensionado, para isso, o papel do Estado Ativo-Responsivo voltado à atividade social, repolitizando o cidadão e retirando a monopolização da política pelo Estado “*Cuando lo político lo monopoliza el Estado, tiende a considerar la actividad social como interés privado particularista e ilegítimo; a la vez invita a que la sociedad considere lo público como lo estatal, enfocando como una ajena prestación de servicios y asumiendo al respecto una actitud estérilmente reivindicativa.*” por isso dizer que

estranee al medesimo ‘accordo’. Più precisamente, l’effetto precipuo della dipendenza politica di un interprete consiste nell’impedirgli di partecipare all’‘accordo interpretativo’ sul quale si basano le norme che deve applicare: non solo è piuttosto improbabile che l’individuazione di “casi normali” diversi rispetto a quelli oggetto dell’‘accordo’ del preponente, ma qualsiasi tentativo di modificarlo equivale ad un dissenso cui il preponente ben può rimediare con la rimozione del preposto stesso. *Si badi che la dipendenza politica di un interprete lo esclude, per così dire, dalla ‘gestione’ dell’‘accordo’ attraverso cui il preponente ha inteso i termini generali e con il quale individuare i “casi familiari”, ma non costituisce un criterio di individuazione degli stessi che si ponga accanto ed oltre l’‘accordo’ stesso, soprattutto, poi, se si accarezza l’idea di risolvere definitivamente grazie ad essa i problemi di ambiguità e vaghezza del linguaggio normativo.* (BISOGNI, Giovanni. *Dipendenza Politica e Teoria Dell’interpretazione Giuridica*. In: NARVÁEZ, José BISOGNI, Giovanni. *Dipendenza Politica e Teoria Dell’interpretazione Giuridica*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P.402)

¹⁰⁸⁹CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 46.

redimensionar o Estado juiz em uma responsabilidade sócio política faz com que “*El individuo ha de entender lo público como actividad social (ni privada ni estatal), y responsabilizarse de la participación que ella le exige; el Estado ha de renunciar a monopolizar lo público (estatalizándolo) y a considerar la actividad social como un intrusismo perturbador, para aspirar a encauzarla sin disminuir su potencialidad. Reconciliar lo publico y lo privado equivale a reconstruir el Estado, convirtiéndolo en instrumento de la sociedad.*”¹⁰⁹⁰ A justiça torna-se, dessa maneira um serviço público voltado à satisfação de bens de interesse geral, para a adaptação existencial.¹⁰⁹¹

¹⁰⁹⁰OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positismo Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 165

¹⁰⁹¹La justice este aussi - et sutout - un service public asurant la satisfaction d'un besoin d'intérêt général (KERNALEGUEN, Francis. **Institutions Judiciaires**. Paris: Litec, 1999. P. 45 e segs.

**III – PROCESSO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: A DINÂMICA¹⁰⁹²
 PROCESSUAL EFETIVADORA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA
 PROCESSUAL REPRESENTADA PELA COMPREENSÃO
 HERMENÊUTICA^{1093,1094,1095}**

Hemos llegado a la fase intermedia de la partida, cuando entram en juego las fuerzas respectivas. Las piezas han desarrollado su juego, los reyes están a salvo (o no, y la situación es más excitante) y las líneas de batalla están diseñadas. Es el momento de que las fuerzas se enfrenten y se viera la sangre. Es el momento de la creatividad, la fantasía y el poderío.¹⁰⁹⁶

O *locus* da discussão desenvolvida no trabalho, a partir da qual possibilita que se fale em Processo e Democracia Participativa, foi a revitalização do conceito de Administração da Justiça, projetando nela a governança e a reestruturação do processo pelas partes, a partir da colaboração reativa, responsáveis por cunhar e aliar à democracia participativa a governança do processo pelas partes.

A jurisdição, como visto, como *ius facere* construída pela fusão da *auctoritas* e da *potestas*, são a expressão do poder democrático-participativo que o cidadão possui a seu serviço para a tutela de seus interesses, oriundos de um fenômeno conflitológico de interesses.¹⁰⁹⁷ Para

¹⁰⁹² Nella sua essenza, peraltro, il processo non è un sistema oggettivo e stabile ma um'attività intersoggettiva e dinamica, come alude l'etimologia del termine, che deriva dal latino *processus*, participio passato di *procedere* (un composto di *pro* e *cedere*) che significa propriamente *andare avanti, muoversi, progredire* e che presuppone un dinamismo coordinato che non è diretto ad un risultato esterno all'azione, ma ad un fine continuamente raggiunto nel suo stesso proporsi (MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.20)

¹⁰⁹³ ¿Cuando es el rostro anónimo de la economía quien marca los rasgos del mundo global, cuando se insiste en el hecho de que los mercados «votan» y las instituciones financieras «juzgan», y se apropian, en consecuencia, de funciones que pertenecen a la democracia y parecen reducir todos los derechos a su medida? ¿Cuando la tecnología nos lleva hacia las fronteras del pos-humano y nos pregunta si pueden sobrevivir unos derechos, no casualmente definidos, incluso en el lenguaje jurídico, como «humanos»? (RODOTÀ, Stefano. **El Derecho a Tener Derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P.49)

¹⁰⁹⁴ Surge uma nova alternativa para o florescimento de um *espírito participativo do indivíduo* na concretização da democracia contemporânea (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 95-96)

¹⁰⁹⁵ E pois que não é o direito que faz viver a sociedade, é preciso que a sociedade faça viver o seu direito, quebrando ou alargando a carapaça legal ou jurisprudencial que lhe comprime o livre voo (CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938. P. 86)

¹⁰⁹⁶ KASPAROV, Garry. **Cómo la Vida Imita al Ajedrez**. Granada: Debate, 2016. P.193.

¹⁰⁹⁷ Giustizia civile, uguaglianza e principio di legalità sono complementari. Per un verso, la tutela giurisdizionale non può essere riconosciuta se non ai diritti: in nessun caso, la selezione degli interessi meritevoli di tutela è compiuta dal giudice nel processo, ma, in ogni sistema, quale che sia la tecnica adoperata, preesiste a questo. Per altro verso, dato un diritto non può essere negata la tutela, la tutela effettiva e la tutela uguale, in base a decisioni prevedibili. Questi obiettivi sono imposti, anche al legislatore ordinario, dai testi legislativi fondamentali. Meritano di essere perseguiti anche perché la certezza della soddisfazione dei diritti riconosciuti dalla normativa sostanziale favorisce il funzionamento dell'economia e gli investimenti. Ma una terza ragione si manifesta assorbente. Oltre e al di là delle previsioni legali e delle esigenze della economia, essa si sale alle aspirazioni dei rivoluzionari della fine del 1700: il superamento del sistema feudale; il riconoscimento a ciascuno dei propri diritti, indipendentemente dalla appartenenza ad un gruppo o ad un consorte, affinché i provvedimenti giurisdizionali

isso, a compreensão hermenêutica faz-se presente e tem como espaço a dinâmica processual, atuando tanto na implementação como na criação do direito, o que é feito com o intuito de conformar condutas.

Nesse sentido, no capítulo anterior restou ressignificada a Jurisdição a partir da administração da justiça e da autoridade do Estado-Juiz para criar direito e, agora, cumprir expandir acerca das propriedades dinâmicas da governança das partes (princípio dispositivo e princípio contraditório). Esse espaço de debate supera a textualidade estática do fenômeno conflitual (estática processual - objeto do processo) pelo fenômeno conflitológico de interesses (dinâmica processual – objeto do debate processual), reflexo da dinâmica contextual, apresentada pelo caso-problema ultrapassando o ostracismo legal junto a compreensão hermenêutica do fenômeno. A ideia de diálogo social¹⁰⁹⁸, jogo de perguntas e respostas e de

siano l'applicazione di regole predeterminate, come voleva 2500 anni fa Appio Claudio, e non un favor principis. Quest'ultima è, probabilmente la ragione più forte che spinge ad operare per l'efficienza della giustizia e per la certezza del diritto ed a reagire alle spinte verso un ritorno al sistema feudale, nel quale il rispetto della persona riceve un riconoscimento soltanto in ragione della appartenenza ad un gruppo e nel quale, quindi, la questione della prevedibilità della decisione dipende dalle persone del giudice e delle parti e dalle qualità o dell'appartenenza di queste ultime. Nel 450 a.C., Appio Claudio fece pubblicare nel foro le leggi delle dodici tavole, affinché ciascuno potesse conoscere preventivamente le leggi che i giudici erano chiamati ad applicare, le decisioni giudiziali non fossero manifestazione di arbitrio e potessero, quindi, essere condivise o criticate. Nel 1215, nella Magna Charta Libertatum, fu stabilito che «nulli negabimus justitiam». Dal 1927 al 1939, nelle pagine di questa Rivista, allora soltanto «civile», Antonio Segni segnalava i provvedimenti legislativi di «esclusione della tutela giurisdizionale». Oggi, in nessun caso, la tutela giurisdizionale può essere esclusa o limitata; i giudici sono soggetti soltanto alla legge; il processo deve essere «giusto». Ciascuna e tutte le disposizioni processuali debbono essere conformi agli artt. 3, 24 e 111 Cost., all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (richiamata dal Trattato sull'Unione Europea), e all'art. 6 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo (Cedu). La conformità delle disposizioni processuali alla Costituzione, al diritto dell'Unione Europea e alla Convenzione sui diritti dell'uomo è garantita, rispettivamente, dalla Corte costituzionale, dalla Corte di giustizia (Corte UE) e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu). Ne consegue che, almeno sulla carta, questo è il migliore dei mondi possibili, perché non è mai esistito, nella storia dell'umanità, un momento nel quale fosse riconosciuto a tutti, cittadini e non cittadini, senza distinzione di sesso, razza, religione o altro, il diritto alla tutela effettiva e ad un processo giusto, ad ottenere «tutto quello e proprio quello che si avrebbe diritto a conseguire alla stregua del diritto sostanziale» (G. Chiovenda). In questo contesto, non ha senso il richiamo alla vicenda di Antigone; non è necessario il richiamo alle «leggi non scritte». È la rivincita di Creonte. Se il mugnaio di Saint Souci poteva sperare che vi fossero giudici a Berlino, oggi chiunque non solo gode delle garanzie appena indicate, ma, se queste sono negate anche dal legislatore nazionale, può trovare tutela a palazzo della Consulta, alla Corte del Lussemburgo ed alla Corte di Strasburgo. Se si volge lo sguardo al passato, questa constatazione può generare soddisfazione e gratitudine per il patrimonio di valori che le generazioni precedenti hanno trasmesso. Se, tuttavia, si volge lo sguardo al presente, essa può generare sconforto, perché l'esperienza mette in evidenza le profonde contraddizioni tra i principii ed i valori formalmente riconosciuti e la realtà effettuale. Se si volge lo sguardo al futuro, tuttavia, può stimolare l'impegno a contribuire al superamento di tali contraddizioni. (COSTANTINO, Giorgio. La Prevedibilità della Decisione tra Uguaglianza e Appartenenza. **Rivista di Diritto Processuale**, vol.70, n.º3, 2015, Pp.646-664. P. 647-648)

¹⁰⁹⁸Le dialogue social a aussi à voir avec la notion de participation des intéressés, des destinataires de la règle, à l'élaboration de celle-ci. Cette notion renvoie à une conception « horizontale » de la prise de décision. Elle peut d'ailleurs trouver à s'appliquer à différents niveaux, dans différents espaces : aussi bien dans l'espace public, la participation, via le dialogue social s'appliquant à la prise de décision politique ; mais aussi dans l'espace privé, celui de l'entreprise. Ainsi peut-on entendre la disposition du préambule de la Constitution française qui énonce que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Dès lors qu'on admet que différentes parties peuvent voir leurs intérêts propres représentés lors de la prise de décision tant politique qu'entrepreneuriale, on quitte la conception

colaboração reativa marcam uma nova visão sobre o direito, que passa a ser construído e desvelado a partir da sociedade, continuando a ser de forma representativa (legislativo), mas abrindo uma nova fronteira junto à participação processual, que dá espaço à criação processual do direito, marcado pela necessária e fundamental legitimação democrática processual.

Para melhorar a governabilidade democrática deve-se postular que o sistema judicial seja democrático, de maneira que a sociedade seja parte e faça parte dessa política democrática. Por isso a necessidade de centralidade na administração da justiça:

para que la justicia sea democrática se requiere una nueva concepción de la noción de legalidad, pasando de una visión jurídico-formal a otra de orden social. Así la nueva legalidad garantizará el nuevo proceder del sistema de justicia. A su vez, la nueva legalidad y justicia democráticas solo son posibles si se impone el control social sobre la gestión judicial. En resumen, podemos expresarlo bajo la siguiente fórmula: FORMULA N° 2: RELACIÓN CONTROL SOCIAL-COBERNABILIDAD CONTROL SOCIAL > LEGALIDAD Y JUSTICIA DEMOCRATICAS > MAYOR GOBERNABILIDAD.¹⁰⁹⁹

O fenômeno conflitológico é a resposta de uma sociedade que com o processo vem a criar possibilidade de adaptação existencial, pois o fenômeno conflitual é inato coexistencialidade. Na atualidade as revoluções do direito são marcadas pelas contingências existenciais pulverizando-se as decisões ao social, pois a responsabilidade sociopolítica do Estado-Juiz é reflexo do que vem a gerar a decisão como paradigma dos casos-problemas. O Jogo de perguntas e respostas¹¹⁰⁰ possibilitados pela dialética-dialogal realizada via fenômeno

classique du gouvernement pour aborder celle, plus incertaine, de la gouvernance. Selon J. Commaille, la gouvernance est « un processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, d'institutions (publiques ou non) pour atteindre des buts propres discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés et incertains ». Cette définition peut s'avérer pertinente pour appréhender certaines formes de dialogue social multipartite existant dans certains pays et dédiées à la régulation dans certains domaines (cf. en France la « gouvernance de l'assurance maladie », notamment depuis la réforme du 13 août 2004). L'auteur insistant sur l'idée que la gouvernance prévaut dans des « environnements fragmentés et incertains », on verra que sa définition s'avère tout à fait adaptée pour qualifier les processus de convergence des politiques sociales orchestrés au niveau européen et connus sous l'appellation de Méthode Ouverte de Coordination (MOC). Ce qui apparaît nettement aujourd'hui, c'est l'idée que le dialogue social est appelé à jouer un rôle fondamental dans les stratégies de réformes économiques et sociales de l'Europe. La Commission européenne entend en tout cas voir ce rôle renforcé, notamment dans la perspective d'une plus grande cohérence entre niveau national et niveau européen, ainsi qu'en atteste la Communication du 26 juin 2002. Le dialogue social apparaît en réalité comme un processus nécessaire en même temps qu'un outil indispensable pour impulser ou accompagner les grands changements d'aujourd'hui. Comme on le verra, il constitue un élément clef de la gouvernance économique et sociale de l'Union européenne en ces temps de réformes (ou de tentatives de réformes); il est aussi mis en avant par la Commission comme un rouage très important du processus d'élargissement de l'UE, ce qui implique qu'il soit développé dans les pays dans lesquels les partenaires sociaux peinent à se constituer comme tels. (MARTIN, Philippe. **Dialogue social, participation et concept de gouvernance**. In: MARTIN, Philippe (dir.) *Dialogue social et régulation juridique*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2007. Pp. 21-42)

¹⁰⁹⁹TORO, Julio César Fernández. **Participación Judicial y Gobernabilidad Democrática de la Justicia Formal a la Justicia Popular**. Disponível em <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol6/6-5.pdf>> Acesso em 02/02/2018.

¹¹⁰⁰Ver: GADAMER, Hans Georg. **Verdad y Metodo**. Tomo I e II. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999.

hermenêutico é a expressão da linguagem e do fenômeno em seu contexto em sua ontologia fundamental. A adaptação existencial chamada ao Processo expressa-se pela contingência exponencial dos fenômenos conflituais em razão de um sistema marcado pela ausência de debate; sistema que mais nocivo aos conflitos do que positivo, que não adota em sua essência a linguagem e seus desdobramentos como maneira de sanar a juridicização do fenômeno existencial, tendo como centralidade o ser e sua politicidade, e não o *dever ser*.

O objeto do processo e o objeto do debate processual unidos ao princípio dispositivo e contraditório constitucionalizados, bem como à ideia de autonomia de vontade junto à abertura contextual dos fenômenos existenciais trazidos ao processo pelas partes, vai além da subsunção da norma aos fatos, e tem como resultado o direito objetivo processual, formado dialeticamente pelas partes na governança processual, o que possibilita uma ampliação de horizontes pela compreensão hermenêutica.

Ao trazer ao processo essa nova estrutura não é mais possível falar de *congruência/aplicação/motivação*, pois são ambos termos reflexos de uma visão rígida do direito positivo, o que já não mais é possível a partir da aderência dos fenômenos conflitológicos de interesse no processo, que abre horizontes para a compreensão hermenêutica. Por isso, ambos termos são ressignificados, de modo a se falar em uma flexibilização da congruência processual (discricionariedade) e na incongruência processual (arbitrariedade), pois a decisão judicial já não mais é reflexo da rigidez que a conecta com os objetos do processo.

Tanto a discricionariedade e a arbitrariedade são as válvulas *processuais* de escape da letra da lei: tanto a arbitrariedade quanto à discricionariedade apresentam conceito próximo no que toca ao sentido de perpassar a vontade do Estado-Legiferante pela da administração da justiça, compostas por aqueles que litigam e pelo Estado-Juiz, centrados na politização da existência que se manifesta pela dinâmica processual.

Esse desprendimento deve-se, conforme explanado anteriormente, à responsabilidade sócio-política do juiz, que pelo princípio *iura novit curia*, cria direito com os fatos, fatos que não são simples subsunção (fato+norma), mas que são os reflexos da complexidade da vida trazidas ao Judiciário.

Desse modo, o processo passa a absorver a complexidade social de forma que possibilita a adaptação existencial, as partes governam a administração da justiça com a finalidade de produzir função jurisdicional delimitada ou possibilitada pelo jogo dialético-dialogal processual. Projeta essa criação do Direito o estimo da ressignificação dos princípios dispositivo e do contraditório, ambos constitucionalizados e acertados com os anseios dos cidadãos ativos frente uma sociedade complexa.

O direito subjetivo como lei, pelo visto, não é capaz de responder a todos os anseios existenciais, pois o homem a cada momento cria novas complexidades, expressadas pelo fenômeno conflitológico. Nesse sentido, a fim de prestar a devida tutela ao cidadão, o Judiciário cria o direito objetivo processual com base na dinâmica processual e na responsabilidade sócio-política, manifestada na fundamentação da decisão, tida como compreensão hermenêutica, distinto do direito objetivo que é desmascarado pela jurisdição e pela politização da decisão criada pelo juiz.

Os poderes reconhecidos ao juiz em matéria de elevação de suas atribuições permitem que questionem a motivação dada pelas partes tanto na formação do objeto do processo formal e substancial quanto frente ao objeto do debate processual, balizado o juiz em sua função processual garantida pela colaboração reativa e pelo contraditório constitucionalizado, podendo alterar o que fora pedido pelo *iura novit curia* que é a mais pura manifestação da função jurisdicional justificada com a fundamentação da decisão, delineada pelo amplo debate processual garantido pela colaboração reativa, aspecto relevante demarcado pela governança processual.¹¹⁰¹

Desse modo, correspondendo melhor às complexidades, a autoridade judicial cria decisões a toda hora, decisões balizadas constitucionalmente e, mais do que qualquer outro poder, com vistas à adaptação existencial. O processo, posto ao centro dessa discussão, serve como centro da formação do direito a partir do caso-problema, pois o mundo jurídico não está circunscrito somente na lei. Essa visão do direito, que se encaminha para uma visão *contradogmática*¹¹⁰², sendo o *processo a vocação de nosso tempo*.

O Processo ao qual se propõe, será um processo dinâmico que influenciará diretamente na função jurisdicional em uma compreensão hermenêutica, superando a mera aplicação, e expõe a legitimidade democrática processual, em que com a fusão entre função jurisdicional e administração da justiça possibilidade pelo Estado Ativo-Responsivo, a jurisdição tem suas

¹¹⁰¹Si la Cour de cassation autorise expressément le juge à porter atteinte aux prétentions des parties, elle lui laisse également la possibilité de remettre en cause la matière litigieuse de manière plus indirecte par le biais de ses pouvoirs en matière de motivation. En effet, si nous avons vu que les moyens ne font pas les prétentions, il n'en reste pas moins que les moyens sont des instruments de motivation des prétentions qui doivent permettre au juge de saisir clairement l'objet du litige. Or, les pouvoirs reconnus au juge en matière de relevé d'office lui permettent parfois, en remettant en cause la motivation apportée par les parties, de venir altérer les demandes des parties. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P. 304)

¹¹⁰² Rocha constitui a história e o desenvolvimento da Contradogmática, fenomeno ocorrido no Rio Grande do Sul, e que tem como expoentes Warat e o próprio autor, vide: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003; ROCHA, Leonel Severo. A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Fabris, 1985.

atribuições acertadas pela cidadania ativa, a Constitucionalização do Direito efetua o fenômeno conflitual como gênese do direito.

Nas palavras de Ramos Mendez, ao se abordar o processo desde uma perspectiva monista, não há sentido em se abordar o tema do *objeto do processo* em seu sentido clássico – marcadamente dualista -, pois o conteúdo do processo é o reflexo da atividade das partes e do juiz que formam a dinâmica que resultará na criação do direito. Por isso dizer que a essência do processo é servir de gênese ao direito.¹¹⁰³

¹¹⁰³Si se aborda el problema desde una perspectiva monista no tiene sentido plantearse el tema del objeto del proceso, al menos como se viene haciendo hasta el presente, como punto de incidencia de las relaciones entre derecho y proceso. No puede señalarse un contenido del processus iudicii distinto de la propia actividad de las partes y del juez. Estas dos fuerzas, en su dinámica, caminan hacia la búsqueda del derecho que resultará del juicio. La esencia del proceso es ser génesis del derecho y por lo tanto no puede tratarse de objetivarse un contenido en él distinto de la propia actividad procesal. (MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P.273)

1 - Da Jurisdição ao Processo Civil^{1104,1105, 1106}: direito, complexidade e democracia

La complejidad es motor del cambio social, pero también funciona como un reactivo para la teoría jurídica, que necesita desarrollar esquemas conceptuales y métodos de análisis más complejos para ser capaz de explicar las nuevas situaciones.^{1107,1108}

A centralidade política¹¹⁰⁹ está voltada, na hodiernidade, ao Processo, pois é renovado, dando relevo às manifestações sociais dos fenômenos conflituais, os quais criam dissonâncias

¹¹⁰⁴Pero la postulación del ordenamiento comporta una fundamentación consecuencia, y es que ella naturalmente genera lo que se llama proceso: postular el ordenamiento significa postular el juicio (para la resolución del ordenamiento en juicio de que hemos hablado) y el juicio es esencialmente proceso (processus iudicii, atus trium personarum, esto es, desarrollo de acción, en que está empeñadas las partes y el juez. También esto es derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento. Sin proceso, no hay jurisdicción; por consiguiente, acción, jurisdicción, proceso, son tres caras de una única realidad (SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973. P. 292-293)

¹¹⁰⁵Il processo, che è in sostanza studio delle forme più idonee a garantire la realizzazione della giustizia della decisione, non può ovviamente accettare questa diminuito in termini di poteri per le parti, in quanto ciò rischia di compromettere proprio il fondamento logico e sociale del processo, che è quello di offrire alla decisione giudiziaria quella necessaria Legitimation durch Verfahren, che riposa, in ultima analisi, proprio nelle regole di svolgimento del procedimento e di formazione del giudizio, ossia nelle regole del «dialogo processuale». Questa nobile finalità richiede, oltre alla predeterminazione delle regole processuali, anche una certa eleganza ed una certa chiarezza nella loro elaborazione, al fine di mettere in condizione le parti di conoscere effettivamente in anticipo le «regole del gioco». Pertanto, anche l'«estetica del processo» vuole la sua parte, giacché disposizioni processuali oscure e mal scritte, sibilline e ambigue, ossia – in una – poco «eleganti», sono foriere di numerose insidie e di ingiustificati perigli processuali, le cui conseguenze, all'inizio inavvertite, potranno prodursi anche a molti anni di distanza dal sorgere della lite, quando magari non sarà più possibile battere un'altra strada per la tutela della propria pretesa sostanziale. Volgendo lo sguardo all'ultima riforma, occorre ammettere reche – tanto oggi, come in passato – la tecnica legislativa utilizzata dai riformatori non è sempre delle migliori, incidendo in maniera farraginoso e disorganica sul corpo del codice di rito, ormai peraltro ripetutamente «martoriato» dai molteplici interventi degli ultimi anni. L'esame delle nuove disposizioni verrà quindi condotto in chiave critica, sotto il profilo della tecnica processuale, cercando di evidenziare le problematiche derivanti dalle novità introdotte, ma anche di trovare soluzioni ragionevoli e con divisibili ai problemi interpretativi, che riescano ad inserirsi adeguatamente nel contesto delle garanzie processuali. (GRADI, Marco. **Inefficienza della giustizia civile e fuga dal processo**: Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014. Messina: Edizioni Leone, 2014. P. 11-12)

¹¹⁰⁶En nuestro concepto, en cambio, el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste. El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales. Lo que ocurre es que el proceso sirve al derecho como un instrumento de creación 'vivificante', como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado. El derecho se realiza cada día en la jurisprudencia. Satisfecho el interés individual, queda todavía un abundante residuo de intereses no individuales que han quedado satisfechos. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. P. 145-146)

¹¹⁰⁷La complejidad al interior de los distintos sistemas de la sociedad (política, economía, derecho, religión) aparece como consecuencia de dos factores: de una parte, el funcionamiento no sujeto a la causalidad de las estructuras que regulan el funcionamiento de cada uno de los sistemas y, de otra, la necesidad de transformar un entorno cada vez más complejo al interior de cada uno de los sistemas, en una tensión constante entre crecimiento de la complejidad-reducción de la complejidad que se da al interior de todos los sistemas sociales (BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000. P. 28-29)

¹¹⁰⁸...o processo adere em sua função o valor político historicamente individual. (PISANI, Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Jovene, 2014)

¹¹⁰⁹Há mais. O processo é o canal por que se exerce a jurisdição: esta, por sua vez, inclui-se entre as manifestações essenciais do poder estatal. Não pode o processo, por conseguinte, deixar de constituir fenômeno politicamente

não alcançadas pelas normas gerais¹¹¹⁰, atingindo concretização o fenômeno como norma individual¹¹¹¹. Passa nesse berço de incertezas sociais, dotadas de intangíveis complexidades com uma dinamicidade aderida ao Processo.

O caminho de transformação a ocorrer entre jurisdição e processo é dado também através da ideia de “despolitizar a magistratura (aqui entendida como aderência à filosofia da consciência¹¹¹²) e politizar o processo”¹¹¹³: os fenômenos se referem não apenas ao conflito

relevante. As decisões dos juízes são decisões de órgãos do Estado, como as dos legisladores e as dos administradores: concorrem com umas e outras para a definição de rumos da sociedade politicamente organizada. A diferenciação entre essas categorias nasceu, firmou-se e desenvolveu-se menos como sinal de diversidade ontológica do que com opção de conveniência – inspirada provavelmente, de início, em considerações de ordem prática relacionadas com a necessidade da divisão do trabalho, que a crescente complexidade social gerava, e depois também, nas sociedades que afastaram do absolutismo, em certa prevenção contra a excessiva concentração do poder, aliada à crença na eficácia de mecanismos de controle recíproco dos órgãos (impropriamente ditos poderes) do Estado. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a Multiplicidade de Perspectivas no Estudo do Processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 56. 4º Trimestre de 1987. Rio de Janeiro: Forense, 1957. P. 20-21)

¹¹¹⁰Superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis. (PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.) *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 95-96)

¹¹¹¹Sabe-se, que a teoria normativa estabelece a possibilidade de dois níveis de normatividade, a primeira são as normas gerais e a segunda as normas individuais, pois com as interpretações das normas gerais podem surgir no contexto do julgamento uma norma individual, dando assim origem à criação de um padrão geral. O ato jurisdicional que encerra a disputa contém uma norma individual, uma norma que se destina a reger o comportamento das partes e, muitas vezes, o juiz pode criar um padrão geral, que supere o padrão individual, e terá a força da lei. A ordem pública que hoje afeta o processo civil não é mais entendida como a regulamentação dos interesses privados, mas como um serviço público por direito próprio.

¹¹¹²Já a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o “nome” do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado de giro linguístico. Esse giro “liberta” a filosofia do fundamentum que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Mas, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada “invasão” da filosofia pela linguagem. Mais do que isso, tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia. Da epistemologia – entendida tanto como teoria geral ou teoria do conhecimento – avançava-se em direção a esse novo paradigma. Nele, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático. Em Heidegger, isso pode ser visto a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender; em Wittgenstein, (*Investigações Filosóficas*), é uma estrutura social comum – os jogos de linguagem que proporcionam a compreensão. E é por isso que se pode dizer que Heidegger e Wittgenstein foram os corifeus dessa ruptura paradigmática, sem desprezar as contribuições de Austin, Apel, Habermas e Gadamer, para citar apenas estes. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 13-14 e 36-37 e 55-56)

¹¹¹³È inoltre opportuno parlare di un altro aspetto della trasformazione del rapporto con la politica nell'ambito del diritto in rete: 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). Si sta progressivamente prendendo coscienza del fatto che molte controversie riguardano non solo il conflitto tra diritti individuali opposti, ma anche la composizione di interessi più ampi, collettivi o diffusi. È importante che in queste circostanze il giudice, prima di prendere una decisione, sia adeguatamente informato di tutti gli aspetti più ampi che investono la controversia, per esempio chi sono esattamente le persone coinvolte, i gruppi o le categorie? Come si presentano i loro interessi? Come equilibrare le prerogative che vantano? Ora ci rendiamo conto che le procedure convenzionali, ereditate da una società di commercianti del XIX secolo, migliorerebbero se adattate al nuovo ruolo, più politico, dei giudici di oggi. Non c'è bisogno di prevedere

entre os direitos individuais opostos, mas também à composição de interesses mais vastos, coletivos ou generalizados.

A Jurisdição, frente ao Estado Ativo-Responsivo, expressa o Poder estatal em sua dupla função: de um lado a *função jurisdicional – auctoritas* - que centraliza o Poder decisional, legitimada-regulada pela *função processual* delineada pelo que se chama de Administração da Justiça, por sua vez redimensionada na *potestas* (partilha os efeitos da governabilidade processual com as partes, incide essa construção do poder na justificação do Poder); ou seja as faculdades das partes que com efeito da democratização da democracia passam a compartilhar a governabilidade jurisdicional, que resulta em uma colaboração reativa¹¹¹⁴, a qual determina as funções dos cidadãos ativos ao Processo: “[...]la referencia al Estado y a su poder en la jurisdicción se debe entender con mucha prudencia, porque este poder (que ciertamente existe) o es, como podría hacer creer la calificación, absoluto, sino que está coordinado al no menos existente poder de las partes, en un perfecto equilibrio...”.¹¹¹⁵ As partes, assim “[...]que participan en él en concreto, y que no son muñecos mecánicos construidos en serie, sino hombres vivos, cada uno situado en su mundo individual y social, con sentimientos, intereses, opiniones y costumbres; estas últimas pueden ser, desafortunadamente, malas costumbres.”¹¹¹⁶

A colaboração reativa é tida como uma cooperação negociada junto ao Processo, pela qual manifestou-se o Novo Código de Processo Civil; porém, a visão que se tem no presente

udienze (hearings) all’americana o audizioni specifiche come le commissioni di inchiesta parlamentari. Occorrerebbe invece individualizzare, almeno nei casi più sensibili, il gioco dei ruoli che si svolge davanti al giudice. È opportuno riconoscere l’utilità dell’amicus curiae che ha il ruolo di testimoniare (come per esempio un’associazione o un’associazione non governativa) e apportare al giudice elementi importanti in merito agli interessi in gioco nella controversia, tale amicus a volte subentra nel processo come parte interveniente. Un altro suggerimento è quello di abbandonare la tradizionale diffidenza dei tribunali (almeno per la magistratura belga) nei confronti delle azioni collettive promosse da collettività di attori o associazioni per difendere cause che non riguardano direttamente il loro patrimonio o l’integrità fisica. Tale riserva, che si può spiegare da un approccio malthusiano al controllo giurisdizionale (grande paura di far scattare l’actio popularis), e da un’eredità rousseauviana dello Stato (paura di cabale e fazioni, diffidenza per gli organi intermedi) ha perso molta della sua logica oggi, in una società in cui al danno di massa occorre riconoscere un’azione di massa (per esempio la class action negli Stati Uniti) e dove proliferano un grande quantità di nuovi argomenti di interesse collettivo. (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727.P. 715-717)

¹¹¹⁴No 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, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.42-43)

¹¹¹⁵SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-America, 1973. P. 292-293.

¹¹¹⁶CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 55-56.

trabalho, é a de uma colaboração reativa, deixando de lado o sentido ideológico vincado no sistema adversarial como um duelar. Deixa-se essa ideologia de lado, mas também não se apregoa à negociabilidade¹¹¹⁷, fenômeno este introjetado ao sistema jurídico como contratualização da vida, fenômeno que se manifesta pelo não alcance das projeções normativas.^{1118,1119}

As mudanças culturais põem em crise a concepção moderna de direito, fazendo com que se questiona e os mecanismos que a modernidade tem gerado para proteger os direitos, principalmente no que toca ao processo civil. A nova estruturação do de processo caminha para uma necessidade de eficácia, eficiência e efetividade, rompendo com a imagem de um juiz observador imparcial. Também, a mídia mais do que nunca expõe as vicissitudes dos Tribunais e dos processos à população, ampliando a discussão sobre a atuação dos Tribunais. Ainda, novos modelos de eficiência e participação¹¹²⁰ na resolução dos conflitos cada vez mais se

¹¹¹⁷ Molto spesso non vengono espressi; rimangono nascosti dietro gli obiettivi concreti che gli individui affermano di perseguire (su questi, in genere, si fermano l'intervento del diritto e dei suoi operatori). In questo senso, i presunto (e pretesi) diritti sono spesso soltanto la punta dell'iceberg degli interessi. Non è facile trattare con gli interessi per tentare di conciliarli: implica confrontarsi spesso con pregiudizi e convinzioni profondamente radicati, escogitarde soluzioni creative e predisporre un'ampia gamma di offerte e concessioni. A questo scopo, la procedura più comune è il *negoziato*, in cui s'instaura una comunicazione bidirezionale volta a raggiungere un accordo. Un'altra procedura basata sugli interessi è la *mediazione*, in cui un terzo neutrale esterno alla disputa aiuta le parti nella ricerca dell'accordo: in sintesi, un negoziato assistido (COSI, Giovanni. **Potere, Diritto, Interessi: Introduzione alla gestione dei conflitti**. Siena: Libreria Scientifica, 2011. P.4)

¹¹¹⁸ Social psychologists, labor negotiators, organizational development specialists, and anthropologists, however, focused on a broader catalog of human behavior, suggesting, at the very least, that there was a greater variety of human approaches to negotiated problems, differentiating integrative possibilities (substantive "trades" of differentially valued items) with use of different human interactional processes (cooperation, collaboration, and adaptation). (MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context**. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/>>. Acessado em: 31/01/2018. P. 16-17)

¹¹¹⁹ Direito Processual. – Na renovação do direito processual, tem de diminuir o caráter pleiteando, guerreiro, da ação posta em juízo, porque não se compadece mais com o estado atual, iniciado, mas já expressivo, de solidariedade social e de solução sociológica dos problemas humanos. Deve perder o processo a feição de contenda, que até aqui apresenta, para se tornar a obra comum, consciente, e leal, de juiz e partes, para a pesquisa da verdade e da mais exata solução jurídica: com atendimento das razões e interesses de ambos, como a procurar a linha intermédia, mas sem descambar na justiça salomônica. Finalmente, é preciso que a civilização se corrija e recomponha de modo que não fiquem fora dela, afastados dos seus benefícios, qualquer quantidade de homens e quaisquer povos; e tão urgente e necessária esta reforma, reclamada pelos fatos, com a ameaça de recuos históricos assaz lamentáveis, quanto insuportável e injusta situação atual que da civilização e dos benefícios dela separa, com barreiras de sujeição e grilhões da ordem econômico-jurídica, a maioria dos homens. Repitamos a expressão e pesemos-lhe a importância: a maioria dos homens! (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo IV. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 188)

¹¹²⁰ In passato, si è più volte utilizzata l'idea o piuttosto la metafora del processo come gioco fra le parti. Se si impiega questo paragone, si deve dire oggi che il punto di fondo sta nel fatto che la gara viene disputata sempre più di frequente a porte chiuse, senza un pubblico che la guarda e controlla il rispetto delle regole, con la certezza che, ciò nonostante, il risultato del *match* sarà omologato e costituirà verità giudiziaria non solo per chi ha partecipato al gioco, ma anche, almeno come dato storico, per i terzi e per lo Stato. Certo, non poca importanza in questo senso ha il rapporto fra conflittualità sociale, sempre più elevata, e risorse, sempre più scarse. In qualche modo, è la consapevolezza della propria incapacità a dare una risposta formale e solenne a tutte le esigenze di giustizia che spinge gli ordinamenti a lasciare spazio ai privati. E' evidente che, tuttavia, il senso complessivo dell'attività giurisdizionale tende a mutare. Va quindi ribadito che in qualche modo (e non è un risultato negativo), la giurisdizione deve essere oggi intesa come un servizio di risoluzione delle controversie, a poco rilevando chi sia

tornam uma maneira de resolver os conflitos sem processualiza-los, causando uma verdadeira “fuga do processo”¹¹²¹ ¹¹²² Nesse sentido “*Los cambios a nivel particular e institucional em esta*

l'organo chiamato a decidere e molto invece importando con quale livello di giustizia e di efficienza l'organo decida. L'ottica del fenomeno si trasferisce sempre di più sul destinatario del provvedimento (verrebbe fatto di dire, in chiave commerciale, sul consumatore della giustizia), che non sull'autorità che emana il comando. E' proprio il fatto che gli Stati riconoscano sempre più spesso come propri i provvedimenti di un diverso sistema statale a fondare la possibilità di questa evoluzione e a portare il confronto fra giurisdizioni diverse, incluse quelle private ed arbitrali, sul piano dei costi, dei tempi e della qualità. L'analisi di oggi si deve allora concentrare sullo specifico punto della deroga alla giurisdizione, rispetto al quale si possono considerare acquisiti, a mo' di premessa, i tre profili qui sottolineati: che, cioè, la scelta del giudice appartiene normalmente alle parti, che il tradizionale legame fra ordinamento, territorio e giurisdizione è indebolito e che, infine, viene meno il concetto di una giurisdizione applicatrice oggettiva dell'ordinamento, a favore di un più ampio ruolo svolto dai privati. (BIAVATI, Paolo. Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2009, Pp. 523-549. P. 7-8)

¹¹²¹O direito pós-moderno se apresenta como um direito pragmático, sustentado por uma vontade de ação sobre o real; essa preocupação de eficácia modifica a concepção tradicional da normatividade: à rigidez toma lugar a flexibilidade e à estabilidade a adaptabilidade. Esse direito aparece como um "outro direito" (G. TIMSIT, 1996), não tendo mais nada a ver com o "direito regulamentar" clássico; sucedendo ao direito "abstrato, geral e desencarnado", "direito jupiteriano" (F. OST, 1996), exprimindo a transcendência estatal, ele será caracterizado "por sua adaptação ao concreto, sua aproximação aos indivíduos, sua adequação ao contexto das sociedades que ele pretende reger". Esse pragmatismo influencia as condições de emprego da técnica jurídica: enquanto o espaço do direito convencional experimenta uma constante ampliação, os destinatários são cada vez mais frequentemente associados ao processo de elaboração das normas e os modos de comando tradicionais são substituídos por procedimentos informais de influência e de persuasão. (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. P. 160)

¹¹²²Ya hemos señalado que los cambios culturales ponen en crisis la concepción moderna del derecho. En consecuencia también se empiezan a cuestionar los mecanismos que la modernidad ha generado para la protección de los derechos, especialmente el proceso judicial moderno. Augusto Mario Morello, a través de sucesivos aportes, ha logrado sintetizar la metamorfosis y esfuerzo de adaptación y sometimiento que experimenta el moderno derecho procesal. Por su parte, Jorge W. Peyrano, cuando describe las notas posmodernas del derecho procesal, señala que el régimen procesal actual es consecuente con el clima general de la época que todo lo abarca y todo lo incluye, Por eso afirma que parece que también ha llegado el fin de las ideologías procesales. Ese sujeto individual, consciente, homogéneo, fuerte, racional, que fui supuesto de la estructura del proceso moderno al entrar en crisis va produciendo una transformación de dichas estructuras. Lo supraindividual, lo colectivo, lo difuso, empiezan a incidir cada vez con mayor gravitación en la solución de los conflictos. Habíamos expresado que el proceso moderno requería necesariamente de una acción cuyo titular era una persona que asumía el rol de parte. Es más, salvo raras excepciones, para el ejercicio de dicha acción debía invocarse un derecho subjetivo o por lo menos un interés legítimo. El sujeto individualmente considerado se convertía así en el punto necesario para poder excitar al órgano jurisdiccional. En la actualidad, en cambio, basta aducir una faceta de la subjetividad para poner en marcha el proceso. Augusto Mario Morello, con singular énfasis, refiere que “El impacto de los procesos colectivos sacude a la santa bárbara de la tradicional explicación científico procesal, con la quede manera general (sin diversificaciones) se pretendió dar respuesta, entre los años de 40 y 70, a los fenómenos que iban rotando de posición, de escala, complejidad y velocidad. Hoy por ejemplo, en la Provincia de Santa Fe, la ley 10.000, de protección de los intereses difusos, ha revolucionado los conceptos de acción y legitimación para obrar. Se admite así, la posibilidad de incoar un recurso" jurisdiccional cuando se lesionara al intereses simples o difusos de los habitantes de la provincia. La reciente ley nacional de defensa del consumidor produce una apertura, al prescribí que las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados el interés de los consumidores. La captación de un sujeto difuso, opera con todos los vértices del triángulo chiovendiano. También se hace difuso el sujeto pasivo, y escapa a ello el llamado a resolver el conflicto. Esto hace decir al maestro platense que: una nueva cultura jurídica del proceso adversarial: más simple, informal, que relativiza el rigor absoluto y cerrado de los prejuicios; conceptualista i abstracto, en donde el juez pierde una neutralidad que es una manera disfrazada de conservadorismo y manteniendo desde luego total independencia y objetividad, axiológicamente está personalmente comprometido a que los resultados de la jurisdicción sean más justos y útiles. Del Protagonismo del juez y de la forma de conducirse y estimular a la colaboración debida por los Otros sujetos del proceso. Director inmediato y no distante, que maneja poderes-deberes de uso inaplazable, que busca la verdad jurídica y que en algunos (cinas de especial connotación social (previsionales, minoridad, laborales, agrarios) sólo aguarda la puntual satisfacción de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados (según sea su posición y mejor información) sino que, además,

importante esfera de la vida social tienen repercusión en la cultura, así como en orientar a la sociedad hacia un nuevo rumbo."¹¹²³, segue que "*The forms of process we can use to come together are more varied and interesting than ever before.*"¹¹²⁴

Ocorre uma profunda reconfiguração do Poder Judiciário trazida pelas transformações conjunturais das funções e estruturas do Estado. Essa impulsão ganha legitimidade de cidadão ativo (superando o sujeito assujeitado a lei estática que desapodera o indivíduo) que se emancipa pela construção do Direito pelo Processo: repolitiza-se a jurisdição politizando o Processo. Os juízes estão submetidos a novas exigências, intercambiando e modificando os aspectos da divisão dos poderes, dado que se trata de uma atividade vinculada à "condição humana".¹¹²⁵: "Em um conceito mais amplo do que o de processo jurisdicional, direito

llega a comportarse como cabal investigador, si bien lo que él obtenga a través de ese rol deberá ser puesto, bilateralmente a disposición, observación y control de las partes". Asimismo estima que en la llueva estructuración del proceso puede alterarse el orden usualmente lógico de sus fases por necesidades de eficacia y efectividad. No solamente se rompe con el rol del Juez como sujeto observador imparcial, sino que además el "objeto", lo externo, lo condiciona, de suerte tal que, como dijéramos al comienzo, se torna difícil establecer cuanto pertenece al hombre y cuanto a lo que le es ajeno. Así reiteramos que la aparición de la informática, de la televisión, entre otros, vuelve sobre el sujeto, y en cierto modo lo recrea. A veces, los medios de comunicación pretenden suplir al proceso judicial, o al menos desarrollar lo que podríamos denominar un "paraproceso". La crisis de la subjetividad moderna, no sólo pone el crisis los supuestos del proceso judicial -principalmente los de la subjetividad del juez y de las partes- sino que, además, se va desarrollando nuevos mecanismos para la resolución de los conflictos tales como la negociación la mediación y otros. (CHAUMET, Mario E; MENICOCCI, Alejandro A. **El Proceso Civil ante la Crisis de la Subjetividad Moderna.** Disponible em < http://www.academiaderecho.org/upload/biblio/contenidos/ID_N_23_El_PC_ante_la_C_de_la_SM_Mario_E_Chaumet_Alejandro_A_Menicocci.pdf >. Acessado em 31/01/2018. P.57-58)

¹¹²³CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual.** Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 186.

¹¹²⁴The outlines of new substantive ideas and solutions may still be obscure or illusory. The forms of process we can use to come together are more varied and interesting than ever before. We will need to develop new theory, experiment with new institutions, practices, and policies and then study and evaluate them for generalizability and applicability to new and different situations. Our very survival depends on it. What an exciting, if challenging, time: to be a conflict resolution theorist, teacher, practitioner, and "process architect." (MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving:** Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context. Disponible em: < <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/> >. Acessado em:31/01/2018. P. 29)

¹¹²⁵El juez y el proceso de la postmodernidad se encuentran *limitados* em múltiples aspectos. El mercado y la economía invitan a las partes a asumir la solución de sus conflictos, por ejemplo, a través de los *árbitros*, y promueven los avances de los *medios de comunicación* que a menudo pre-juzgan los casos. El mercado, que todo convierte en mercancía cosifica a los casos, elaborándolos para venderlos en mejores condiciones de celeridad y precio; los senderos para la venta suelen ser los medios de comunicación de masas. Por otro lado, los jueces postmodernos están sometidos a nuevas exigencias. Dado que resulta muy difícil cambiar el modelo económico capitalista mundializado, los poderes legislativos, órganos estatales tradicionalmente encargados de fijarlos, suelen perder ámbitos de actuación y jerarquía, promovándose así avances de los poderes ejecutivos. Un grande interrogante para los jueces y el proceso en la postmodernidad es la medida en que se ha de conservar la referencia estatal, incluyendo la división de los poderes respectiva. Para orientar la tarea de los jueces en nuestro tiempo, vale reconocer que por el momento la democracia y la republica están interrelacionados con la existencia del Estado moderno-nacional. Aunque la judicialidad y el proceso son realidades que exceden a las circunstancias históricas estatales, estimamos valioso que se vaya por el Estado, más allá del Estado. La comprensión del equilibrio entre juez, proceso y Estado que se requiere de modo específico la postmodernidad es imprescindible para el mantenimiento de una actividad que tanto se vincula con lo que consideramos *condición humana*. (CALDANI, Miguel Angel Curio. **El Juez, el Proceso y el Estado en la Postmodernidad.** Disponible em <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/829/648>. Acessado em 31/01/2018. P. 22-23)

processual estatal é a disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado ou interessados.”¹¹²⁶

É necessário observar o fenômeno do ativismo: em um primeiro momento é uma política jurisdicional na tomada de decisão dos juízes, mas na atualidade, com a evolução das teorias processuais e com as reformas dos Códigos, somando a isso um cidadão ativo, ocorre a ressemantização do sujeito que era tido como mero indivíduo. A constitucionalização do direito foi responsável por uma ampliação normativa no bojo regramentar e principiológico, causando uma ampliação hermenêutica interpretativa. O fenômeno tido como Desgoverno Judicial ocorrido com a vocação da Jurisdição acaba fazendo com que se tenha o Governo Judicial centrado no processo, fazendo necessário o processo acertar-se em uma dinâmica processual que essa base reestrutura a jurisdição em uma legitimidade democrática processual.^{1127,1128}

O Processo representa uma dinamicidade que tem como alvorecer as complexidades sociais não alcançadas pelas normas, essas complexidades apresentam-se via fenômenos conflitual, e estes procuram conformação adaptativa existencial. Isso faz com que se despolitize a jurisdição para que se politize¹¹²⁹ o Processo: a democracia participativa é amplamente exercida em colaboração reativa. O Processo passa a ser espaço político de debates

¹¹²⁶DINAMARCO, Cândido R. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 84.

¹¹²⁷NIETO, Alejandro. **El malestar de los jueces y el modelo judicial**. Madrid: Editorial Trotta, 2010; NIETO, Alejandro. **El Desgobierno Judicial**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

¹¹²⁸juiz não tem de impôr-nos «o seu» direito, tal como pode concebê-lo de uma maneira ideal, isto é mais ou menos subjectiva, mas tem de executar «o nosso direito», o direito que a sociedade pede e espera, o direito necessário á aparição d'um contracto novo, ao desinvolvimento d'um modo de producção industrial, á propagação d'uma descoberta scien-tífica, á transformação dos laços do casamento ou da família. Por outras palavras, o magistrado não tem de fazerse officiosamente o director da consciencia jurídica da nação; deve ser tão sómente o servidor impessoal da utilidade social, apreciada d'um modo objectivo. Sob este ponto de vista, que aos nossos olhos é capital, o respeito das leis e dos princípios legaes tem por effeito eminentemente util reter o juiz no declive d'uma ideologia jurídica muito pessoal. Aos seus olhos a lei exprime o que se poderia chamar o imperativo categorico da consciencia social. Se a lei cessou de exprimir as necessidades e as ideias do meio social, o juiz não deixa de o levar em conta nos seus julgamentos, mas só quer tocar nos textos com mão leve, tímida e circumspecta. E assim é que, sem o saber principalmente sem o dizer, elle tem sido um agente de evolução historica; *mas soffrendo a pressão dos factos*, não rivalizando com o legislador no desígnio de amoldar ao sabor dos seus desejos a materia prima do direito, isto é o homem tal como é na sua psychologia individual e collectiva. (CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero America, 1938. P. 81-82)

¹¹²⁹Se devemos transformar o conceito de jurisdição, para torna-lo compatível com nossas atuais exigências sociais e políticas, a primeira imposição que nos assalta é a de estarmos dispostos a envolver-nos com as questões políticas, cujo acesso aos juristas esteve sempre vedado. Como disse Estvám Mészáros “a política é importante demais para ser deixada aos políticos”, assim como “uma democracia digna deste nome é importante demais para ser deixada às atuais democracias parlamentares”, mesmo porque é demasiadamente “pequena a margem de ação dos parlamentares”. (SILVA, Ovidio Baptista da. **Processo e Ideologia**. Porto Alegre: Editora Forense, 2004. P. 305)

democráticos. Supera a visão da Jurisdição como vocação de nosso século pelo Processo como vocação de nossos tempos.^{1130,1131}

La mirada posmoderna del derecho es la que pueda aprehender el hecho de que los jueces no resuelven lo que “acontece”, sino lo que ellos mismos determinan o “instauran” como lo que “acontece.” Esta mirada reclamará una nueva metáfora que deje atrás a la figura del árbitro, y que sea capaz de contener la paradójica idea de que el juez es el creador del problema que él mismo resuelve. Más aún, una metáfora que capture la función judicial de translocación de conflictos políticos y sociales en jurídicos, resignificando así al proceso judicial como una instancia estratégica para regular un tejido de relaciones que no pidieron ser arbitradas.¹¹³²

O Direito Público, voltado a uma epistemologia constitucional fez com que o direito, através da jurisdição, em um primeiro momento, seja alcançado pelo acesso à justiça como um fenômeno mundial que acabou fortalecendo o processo. De outro lado, presente trabalho, arguir-se á que estamos em um momento – pós abertura das portas dos Tribunais - que merece a discussão sobre justamente *no que* significa o processo frente à Constituição, defendendo-se que este adquire uma relevância interpretativa e hermenêutica.¹¹³³

O processo é a vocação de nosso tempo e em sua reconfiguração o objeto processual substancial abre um sem número de horizontes a serem desvelados hermeneuticamente, núcleo

¹¹³⁰El mismo tratadista Alcalá Zamora señaló con agudeza que los constitucionalistas ha analizado la jurisdicción desde el punto de vista estático, es decir, como una emanación o atributo de la soberanía del Estado y el enfoque procesal lo examina desde el ángulo dinámico, tomando en cuenta la correlación de la propia jurisdicción en el proceso. (FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Los Problemas Contemporáneo del Poder Judicial**. 1ª ed. México: Coordinación de Humanidades UNAM, 1986. P 17)

¹¹³¹F Sobre esta institución afirmó certeramente el destacado procesalista español Niceto Alcalá- Zamora y Castillo, que no se sabe con precisión su encuadramiento, ya sea en la ciencia del derecho procesal o en la del derecho constitucional, lo que se deriva de su situación de confluencia, en virtud de que esta institución debe ser analizada desde los dos ángulos y perspectivas, tomando en cuenta que para el constitucionalista, la jurisdicción es una de las tres funciones del Estado y que para el procesalista es la actividad del propio Estado que imparte la función jurisdiccional por medio del proceso. El mismo tratadista español señaló con agudeza que los constitucionalistas han analizado la jurisdicción desde el punto de vista estático, es decir como una emanación o atributo de la soberanía del Estado; y el enfoque procesal la examina desde el ángulo dinámico al tomar en cuenta la correlación de la propia jurisdicción con el proceso. (FIX-ZAMUDIO, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. **Ius et Veritas**, n.º 8, 1994, Pp.89-108. P 103-104)

¹¹³²PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 5.

¹¹³³Com efeito, o papel do direito na sociedade é comumente considerado do ponto de vista da sua função predominante, que sempre foi aquela, mais passiva que ativa, de proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes. Não há dúvida de que a técnica das sanções negativas é a mais adequada para desenvolver esta função, a qual é, ao mesmo tempo, protetora em relação aos atos conformes e repressiva em relação aos atos desviantes. Contudo, a partir do momento em que, devido às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores - e, portanto, a sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional - , surge, paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica da repressão, um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos. (BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007. P.24-25)

central definido como fenômeno conflitológico de interesses interrelaciona-se, em um jogo dialético dialogal, junto ao debate processual e as partes assim desnudam os fenômenos contextuais dinâmicos e os textos amorfos. O princípio do dispositivo que supera o inquisitorialismo, adere em sua confabular representação a limitação da atividade do juiz pelo seu ato decisional, o qual é construído pelas partes em colaboração reativa assegurada pelo contraditório, isso acaba ampliando de um lado a congruência e por outro reflexionando o caso - problema a incongruência evidenciada pela superação do formalismo legalista e imperando o *iura novit curia*. O processo é gênese do direito, seguindo uma abertura de horizontes posta ao fenômeno conflitológico de interesses (des)construído pela compreensão hermenêutica.

Para que se evidencie a importância do Processo, ensina Carnelutti que: “o Processo serve ao direito e o Direito serve ao Processo. Se não estivesse o Processo, não poderia fazer-se direito; pois tampouco poderia fazer-se o Processo, se não estivesse Direito”¹¹³⁴, desta alusão, pode-se dizer que “a visão do processo em sua atividade constitutiva, ou melhor, pela celebração do direito como valor positivo na experiência concreta, passando assim a ser verdadeiramente o poder do Individuo e do Estado, de agir para que se alcance na comunidade o fim comum”¹¹³⁵.

As decisões criadas pelos juízes concorrem com a dos legisladores e as dos administradores: “...concorrem com umas e outras para a definição de rumos da sociedade politicamente organizada.”¹¹³⁶, onde todas se encontram por serem decisões do Estado que, conforme visto, já não mais se diferenciam por uma estrita separação de seus poderes, pois a crescente complexidade social agravou a concentração dos poderes. O processo, por outro lado “... por su naturaleza público, **políticamente es un espacio de debate democrático**, y procesalmente un sistema jurídico en el que convergen situaciones jurídicas diversas ...”¹¹³⁷. A democracia tem como característica o fato de que é no *demos* que se produz a lei, *demos* que se encontra tanto a partir da via representativa como pela via participativa.¹¹³⁸

¹¹³⁴CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 27.

¹¹³⁵BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Murcia: Universidad de Murcia, 1943. P.12.

¹¹³⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre a Multiplicidade de Perspectivas no Estudo do Processo**. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. P. 20-21

⁴³BEDOYA, Julia Victoria Montaña. **Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano**. Disponível em: <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colombia.pdf>. Acessado em: 31/01/2018.P. 3-4.

¹¹³⁸En la democracia, el *demos* es el que produce la ley, la cual resulta de la composición de innúmeros intereses, sobre la base de que *todos* son igualmente susceptibles de ser tutelados, dada la fundamental igualdad de los ciudadanos portadores de esos intereses. Asimismo, en la medida que *uno* puede fallar o incurrir en la arbitrariedad, la *mayoría*, incluso la *totalidad* de los ciudadanos que deciden la ley, igualmente pueden fallar e incurrir en tiranía. El juicio de la mayoría, ni siquiera la unanimidad de éste, lo inmuniza del error y la arbitrariedad, en cuyo caso

O processo é um método para a *formação do direito*, que tende a garantir um processo justo, ou seja, uma regulação do conflito de interesses que seja capaz, utilizando da preceituação posta por esta tese, de servir como meio adaptativo. A ideia do processo assim denominada pelo autor seria “*mutación de la realidad que se lleva a cabo por una sucesión de hechos casualmente vinculados*”.¹¹³⁹

Na atualidade converteu-se em um lugar comum sustentar que a vida, de acordo com o direito, não hermeneutizado constitucionalmente, denota que os seres humanos vivam um ao lado do outro como estranhos e em um “*aislamiento mutuo*” marcado pela imprecisão da desigualdade social, que cria as rupturas na sociedade. Somente a existência devidamente balanceada e *justa* no tocante às necessidades e interesses estabelecem relações autenticamente humanas, reestabelecendo e balanceando o elemento intersubjetivo da adaptação da existência, possibilitando a coexistência.¹¹⁴⁰

A verdade é que o processo serve ao direito e o direito serve ao processo.¹¹⁴¹ Dada essa máxima, se é verdade que o direito *também* é feito mediante o processo, o processo também se faz mediante o direito – é uma atividade totalmente regulada pelo direito.¹¹⁴² O direito não provém somente do que é Lei, pois Lei representa fragmentos estáticos de textos e de sentidos que se tornam sem-sentidos por não alcançarem à velocidade das complexidades do existir¹¹⁴³ “A ciência do direito tem que ocupar-se de fatos e não de entidades metafísicas como se faz na construção artificial do direito como lei tendo como algo que prescrito incide aos fenômenos.”¹¹⁴⁴

solo pasa por ser error y arbitrariedad de *muchos* y no de *uno*. Luego, la validez y eficacia reconocida a la ley del *demos* descansa en su apertura, en la posibilidad de ser contestada (*duda*) por cualquier miembro de ese *demos*. Desde esa perspectiva, la *estricta legalidad* (para converger con la propuesta garantista) no es un dispositivo de *cerrazón* del sistema, sino que evidencia la fundamental *apertura* a su contestación y corrección. La misma fuerza que la legitima para exigir la obediencia, asegura la posibilidad y potestad de los ciudadanos y las ciudadanas – todavía más, de sujetos humanos concretos–, a cuestionar y reclamar una ilegitimidad frente a la aplicación de la *mera legalidad* (el paleopositivista principio de legalidad. (ALFARO, Norman José Solórzano. **Crítica de la Imaginación Jurídica**. Una mirada desde la epistemología y La historia al derecho moderno y su ciencia. Primera Edición. México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007. P. 227)

¹¹³⁹CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948. P. 21-22.

¹¹⁴⁰LUYPEN, W. **Fenomenología del Derecho Natural**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1968. P. 234.

¹¹⁴¹CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 27

¹¹⁴²CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 27-28.

¹¹⁴³La postmodernità ha fatto il resto, imprimendo al fenomeno un intenso moto di accelerazione, agendo da moltiplicatore universale e costante di una svariata pluralità di punti di vista differenziati e mutevoli, distanti a assi spesso irriducibile tra loro, dal momento che il soggetto interpretante non è più quell’lo forte e centrato di cartesiana fattura, ma un io comprendente, plurimo e fortemente diversificato, sempre più debole e liquido, destrutturato e disperso nella storica temporalità e tormentatata avventura dell’esistenza. (SCALISI, Vincenzo. Per una Ermeneutica Giuridica Veritativa Orientata a Giustizia. **Rivista di Diritto Civile**, Milani, 2014, v.60, n.º 6, Pp1259-1271. P. 1254)

¹¹⁴⁴OLIVERCRONA, Karl. **Lenguaje Jurídico y Realidad**. México: Fontmara, 1991. P. 15.

A ideia de conhecimento racional consistiu em sempre alcançar certezas absolutas e inquestionáveis, e o raciocínio dedutivo se mostrou como o único capaz de administrá-lo. Por isso o grande enfoque das epistemologias empiristas.¹¹⁴⁵ O mundo como evidência é a herança do pensamento Cartesiano, o qual, por Descartes, atuou pela investigação científica e pela demonstração empírica na busca de uma maior democratização na produção do conhecimento. Essa evidência acaba sendo manifestada por descrições positivistas (previsões sobre futuros conflitos), não desconsiderando, entretanto, a importância do método de Descartes para a história da ciência.¹¹⁴⁶

Bacon é quem traz uma importante contribuição ao racionalismo, na tarefa de orientação empírica da ciência. Bacon tentou, a partir da simples observação e processamento de dados empíricos pode obter um conhecimento necessário e seguro da realidade, e já não se trata de um conhecimento dedutivo, vazio em si mesmo, senão indutivo¹¹⁴⁷: a partir de enumerações incompletas se chega, pela generalização, a formulação de preposições de caráter universal do

¹¹⁴⁵ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho**. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. P.13.

¹¹⁴⁶Y extrayendo de este diagnóstico social, hecho no sobre el caso individual sino sobre un gran número de ellos, la previsión de que en el futuro ciertos comportamientos típicos pueden dar lugar a determinados conflictos de intereses entre los co-asociados, establece anticipadamente, de manera general a hipotética, aquello que debe valer como justo para todos los casos que tengan en concreto los caracteres del tipo abstractamente determinado. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. P. 70)

¹¹⁴⁷Na vida, há, para o homem, a cada momento, incessante sucessão de determinações que devem ser tomadas: a existência, desde o nascimento às mais mediatas necessidades humanas, depende de uma porção de atos e omissões, que a civilização complicou e distinguiu. Naturalmente, formar-se-ão, no espírito ou nos sentimentos, constantes mais ou menos apreciáveis, de modo que é sempre segundo sistema mais ou menos homogêneo ou mais ou menos falho que cada um procede. São princípios a matéria de que se compõem os sistemas, e daí haver sempre doutrina econômica, política, moral, jurídica, em cada indivíduo. Mas, se observarmos a sociedade, convencer-nos-emos do seguinte: há sempre certa doutrina, contida nos fatos, nas relações sociais, em tudo. Ora, tal elemento intelectual apenas representa a nossa interpretação, porque em verdade os acontecimentos não pensam, não criam as doutrinas, como os fenômenos astronômicos e físico-químicos não fazem leis. Nós, que somente entendemos o real quando adaptamos ao nosso aparelho cerebral, é que descobrimos o correspondente intelectual (lei) do que se realiza nos fatos universais. Produtos da vida, porque vindos da aplicação, e leis maiores e mais gerais, as doutrinas dão uma mesma cor, um mesmo tom, a todos os fenômenos sociais, e constituem em si elementos de apreciação e não de julgamento definitivo, porque pode haver séria discordância entre as doutrinas expostas (subjetivas) e a efetuada nos acontecimentos (objetivas). De modo que, se é útil a história das doutrinas, não é dela que se deve tirar o conhecimento científico moral, da economia, do direito, da estética: mas da história objetiva e da análise das relações morais, econômicas, jurídicas, estéticas, do passado e do presente. Somente ela poderá dar-nos o conhecimento do que é, das regras estantes na realidade mesma, e do que precisa ser, isto é, do que conviria ao homem ou aos organismos sociais para melhor adaptação recíproca. Na investigação de tudo isto, na formação e definitiva utilização prática do conhecimento indutivo está o papel da ciência, no direito, como em todos os outros domínios: e qualquer outro caminho pode chegar a resultados aproveitáveis, mas por acaso, sem segurança, sem nenhuma garantia de eficácia. A virtude principal dos métodos é a diminuição mais completa que for possível da equação pessoal, e isto somente a indução pode dar. Por outro lado, livra-nos o método da pretensão de atual de modo direito na realidade e de querer decretar contra leis econômicas e jurídicas contra o que está nas relações sociais e já é regra social. O poder do homem é, então, indireto: não pode evitar os raios que se forma, mas pode colocar na torre o para-raio: não lhe é possível fazer cessar a chuva, mas isto não impede que se meta no automóvel e levante as vidraças. (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 240-241)

tipo “o fenômeno A é causa de B”.¹¹⁴⁸ A busca da certeza matemática aderida à vida é o reflexo de uma necessidade de *segurança*, o que no direito expressou-se por meio da *segurança jurídica*.

O positivismo jurídico ignorou a gênese do direito como *ius*, e centrou na lei, ou *lex*, pois “...os juristas não deveriam se preocupar: estas já lhes seriam entregues perfeitamente acabadas pelo "poder legislativo". Depois, bastaria *aplicá-las*: trabalho de dedução, "subsunção" de cada caso específico às hipóteses gerais previstas pelo texto.”¹¹⁴⁹ Entretanto, na atualidade, não pode o juiz ser um simples funcionário da lei e nem o processo um *servente* do "direito material".¹¹⁵⁰

La idea dominante en materia de función jurisdiccional explica porque las reglas del proceso individual (que supone un conflicto bipolar), sean concebidas como adecuadamente ordenadas por el *principio dispositivo* (que determina el monopolio procesal de las partes), el *principio de congruencia* (según el cual la sentencia debe limitarse a lo probado, argumentado y lo peticionado por las partes) y el *principio inter aleas* (que restringe los efectos de las sentencias a las partes del litigio). Estos principios procesales dominan nuestra tradición judicial civilista y continental, e inspiran además un modelo ideal de la función judicial: el modelo del juez-árbitro que pone fin a los conflictos aplicando las normas sustantivas. Es importante insistir en que para esta idea dominante de la función jurisdiccional el litigio se nos presenta como una coyuntura primordialmente privada que acontece ante los ojos oficiales, y que se cierra por la intervención (a posteriori) del juez, quien justifica su decisión recurriendo a reglas públicas.¹¹⁵¹

Devemos lograr uma “despedida a Chiovenda”¹¹⁵²: Com Savigny e Chiovenda ter direito significa ter direito de exigir de outro, sendo um direito subjetivo individual. O direito é

¹¹⁴⁸ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho**. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. P.14.

¹¹⁴⁹VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.441.

¹¹⁵⁰Por tanto, se observa cómo en esta configuración todo el trabajo del juez es puro y tranquilo. Es juez no tiene contacto directo con la política; entre él juez y la política está de por medio la muralla sin ventanas de la ley. Todas las escorias de la política, todo lo que la política tiene de impuro y desagradable, no llega a las manos del juez, que encuentra sobre su escritorio las pequeñas obras de orfebrería lógica formuladas por las leyes, pulidas y depuradas, ignorando el fango que ha sido necesario remover para encontrar el metal y el fuego indispensable para fundirlo en el crisol. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 72)

¹¹⁵¹PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 20.

¹¹⁵²Saremmo tentati di concludere che, poiché «sulla lotta di questi eterni personaggi, e per regolare la lotta, sorgono le leggi processuali, il codice di procedura», l'essenza del processo di risolve in «una filza di norme regolamentari che intralciano l'azione più di quanto non l'assistano nel suo svolgimento. Ma ognuna di queste norme fissa una secolare esperienza, tutta l'esperienza di questa povera umanità che ha affidato al giudizio le sue sorti e trema di fronte all'immane potenza di questo giudizio. Si direbbe quasi che tutto lo sforzo degli uomini, con queste leggi del processo, con l'istituzione stessa del processo, sia diretto all'assurda speranza di obbiettare, di spersonalizzare il giudizio, di ridurre il giudice a un puro tramite umano di verità che sta fuori e sopra di lui». La speranza è assurda perché quella rete di regole non può ingabbiare la realtà intima del processo, ossia il suo risolversi nel giudizio reso da un terzo, da «colui che non è parte»; nonostante lo sforzo millenario che questa povera umanità ha compiuto, e compie costantemente, al fine di obbiettare e spersonalizzare il giudizio, questo

então um direito obrigacional, incidendo assim na relativização do direito real e na pessoalização deste, cimentando mais ainda a ação condenatória. Para Ovídio Baptista,

non può che essere affidato all'uomo, con il suo essere immerso nel fluire della vita e dell'agire e, tuttavia, chiamato a quell'atto inumano che è il giudicare da terzo; inumano perché «il sostituirsi della parte al terzo rappresenta indubbiamente una tendenza dell'animo umano, dell'azione umana». In ciò, dedicato al mistero del processo, sono sintetizzate le ragioni profonde, svolte ed argomentate in tutti gli altri soliloqui, del contrasto con la dottrina sistematica, ossia con quella che ravvisa l'essenza del processo in una filza di norme regolamentari mediante le quali si crea l'illusione che sia la legge stessa a decidere la controversia ed il giudice altro non sia che la bocca della legge, l'illusione per cui nel processo rivoluzionario «il momento dell'assassinio legale non sarebbe nel processo ma nella legge»; ignorando che «la realtà è che chi uccide non è il legislatore, ma il giudice, non è il provvedimento legislativo, ma il provvedimento giurisdizionale; onde il processo si pone con una sua totale autonomia di fronte alla legge e al comando, un'autonomia nella quale e per la quale il comando, come atto arbitrario d'imperio, si dissolve [...]; di questa autonomia [...] l'esperienza ci mostra l'indistruttibile verità, e proprio l'esperienza del tribunale rivoluzionario, di quel tribunale creato apposta per distruggerla e per negarla [...] (perché) il processo, una volta istituito, vive di vita propria o almeno tende a vivere, e si ritorce come una serpe contro colui che l'ha allevata». Alla formula chiovendana secondo la quale «il processo civile serve non già a rendere concreta la volontà della legge, poiché questa volontà si è già formata come volontà concreta anteriormente al processo, ma ad accertare quale sia la volontà della legge e ad attuarla, cioè tradurla in atto» Satta oppone la realtà del giudizio e, con esso, dell'uomo, perché «nessuna legge del processo, per quanto perfetta, può sostituire l'ineliminabile autonomia del giudizio» e nessuno sforzo sistematico può compiutamente tradurre in termini giuridici il processo come valore universale. Negli anni 1937/1967 gli scritti raccolti da Satta nel volume in questione testimoniano una battaglia destinata a mostrare come le costruzioni sistematiche servano solamente ad appagare una illusoria esigenza di certezza, ma siano comunque ben lungi dal cogliere la realtà al centro della quale è e non può che essere l'uomo; se è rassicurante l'affermare che il processo serve a dichiarare una preesistente volontà concreta della legge nella quale è già scritta anche la decisione della controversia tra Tizio e Caio, la realtà è che quella decisione presuppone la necessaria intermediazione di un uomo, del giudice, ed è scritta da questo e non già dalla legge; al centro dell'esperienza giuridica non c'è la legge, ma la legge quale è filtrata dal giudizio, e non a caso la parola processo è contrazione dell'antica e sempre attuale formula *processus iudicii*. La battaglia, condotta in nome della realtà e del concreto all'insegna di una laicità di pensiero abbastanza profonda, è umanistica nel senso più pieno della parola, in quanto riporta l'uomo al centro dell'universo giuridico e lo priva delle illusorie certezze con le quali cerca di rendere meno angosciata la sua vita, svelando come questa non sia affidata alla rassicurante solennità di regole astratte e tuttavia capaci di tradursi autonomamente in precetti concreti, ma sia affidata al giudizio, e cioè ad altri uomini. Da ciò scaturisce la vena di profondo pessimismo che permea tutta l'opera di Satta: dover affermare che al centro dell'esperienza giuridica c'è l'uomo, e l'essere tuttavia consapevole che il compito a lui affidato, il giudicare è inumano perché ciò che gli viene chiesto è sottrarsi al fluire della vita e dell'agire nel quale è immerso. L'uomo è inadeguato al compito che Satta deve, per il suo impegno. La solitudine, quindi, è la costante della vita di giurista di Satta: è solo quando scopre e restituisce la centralità nell'esperienza giuridica dell'uomo; è solo quando constata come l'uomo tradisca il suo compito e percepisce che se, per il suo impegno morale di giurista, non poteva che restituire al giudizio dell'uomo, del giudice, quanto ineluttabilmente gli appartiene, tuttavia ha anch'egli contribuito a liberare forze che negano in radice la funzione del giudizio per trasformarlo in strumento per la legiferazione arbitraria del giudice. Qualcuno potrebbe anche affermare che la situazione è ancora attuale. Infatti, si ritiene che l'attualità di tale autore risieda proprio in tutta la sua opera, ossia nell'insegnamento di un metodo (non giuridico: il suo era quello del 'non so come') morale per il quale il giurista risponde delle sue opere solo al più terribile dei giudici, ad un giudice che non può essere ingannato e che solo può rendere quell'atto di natura divina che è il giudizio: a se stesso e, se credente, a Dio nel giorno del giudizio. Satta ripudia la concezione idealistica del diritto da quella giusnaturalista, in quanto intuisce semplicemente che il diritto è semplicemente un portato della convenzionalità, ossia un insieme di regole di condotta umana destinate solo a disciplinare l'ordinata convivenza sociale, ancorante al contingente perché generate dall'occasionalità. Egli è convinto che la socialità non sia un *quid* di innato, essendo invece una risultante della selezione naturale, condizionata da un calcolo dell'*homo sapiens* che nella società vede il principale strumento di sopravvivenza. L'uomo non nasce sociale ma lo diventa per forza di cose. Da qui la considerazione non può avere valore olistico rispetto alla somma degli individui che la compongono e che il valore dell'individualità non viene meno, neppure in minima parte, per il fatto della partecipazione sociale, se non nell'ambito della differente dimensione e dei limiti in cui ciascun individuo/persona riduce coscientemente la propria volontà e la propria sfera di diritti per non entrare in conflitto con gli altri. (CUCCU, Michele. **Intersezioni tra letteratura e filosofia del diritto**: Antonio, Pigliaru, Giuseppe Capograssi, Salvatore Satta, Salvatore Mannuzzu. Sassari: Università di Sassari, 2008. 243 p. Tesi di dottorato in Antropologia, Storia medievale, Filologia e Letterature del Mediterraneo occidentale in relazione alla Sardegna. P. 205-216)

justamente Chiovenda, quem legou tamanha contribuição importante no campo das ações sumárias, deixou-se levar pela força do *paradigma da ciência processual* contra a classe de demanda sumária. A “cognição ordinária” não é o oposto à “cognição sumária”, mas sim é oposto ao segundo a *cognição plena*. O que poderá ser ordinário ou extraordinário é o procedimento; ou seja, cognição plena e completa não é o equivalente à cognição orginária, pois várias ações podem ser materialmente sumárias e ter como procedimento o ordinário.¹¹⁵³

Carnelutti é quem inicia a despedida à Chiovenda, seguido por Satta. Em Calamandrei, é destacada a importância do processo a partir da concreção do ordenamento jurídico realizado pelo juiz e pela interpretação da lei como necessidade para que a lei tenha efetividade e que possa ser realizada voluntariamente pelos particulares ou por um terceiro de forma imperativa.¹¹⁵⁴

Ideologia da segurança que advém com esse racionalismo científico aderido ao direito, surge contra a arbitrariedade dos juízes, como forma de reter o poder judiciário, reduzindo o pensamento jurídico à mecanicidade. Porém, o pensamento jurídico é muito maior que isso, a certeza é o produto artificial da racionalidade político e jurídica e “*Pensar juridicamente es generar un impulso superador de la incertidumbre, remontando las oscilaciones de lo problemático*”.¹¹⁵⁵

¹¹⁵³SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.174-175.

¹¹⁵⁴No es, por tanto, casualidad que sea uno de los grandes procesalistas italianos, que podríamos catalogar como independientes, CARNELUTTI, quien tras una elocuente despedida a CHIOVENDA inicie su reconversión hacia el juicio. Postura en la que es seguido por CAPOGRASSI y muy principalmente por SATTA, el cual, si bien manifiesta su profundo respeto por la obra de CHIOVENDA, afirma que era obra del pensamiento, y el pensamiento es como la semilla del evangelio: no fructifica, si no muere: de ahí que sea preciso relacionar con la vida el sistema chiovendiano y no limitarse a abstracciones totalmente separadas de la realidad, como ocurre con gran parte de los seguidores del sistema y no - de la vida. No es de extrañar, por tanto, que sean los discípulos de SATTA, y principalmente el malgrado DE MARINI y VOCINO, quienes más profundamente hayan estudiado el juicio y destacado la importancia de la labor humana del juez. La importancia del juicio es puesta de manifiesto ya por CALAMANDREI en sus *istituzioni*, aun cuando de forma no del todo convincente, al advertir que - existen dos formas de producción del Derecho: para el caso singular, formulación judicial; y por clases, formulación legal. En este último supuesto rige el principio de división del trabajo: corresponden al legislador los aspectos político y al juez la aplicación de las normas tal como son emanadas por el legislador. Pese a ello, ni siquiera en el sistema de la legalidad la obra del Juez puede limitarse a un árido juego lógico, sino que tiene finalidades esencialmente prácticas, en cuanto está dirigida a determinar la conducta de los hombres, y en este sentido, incluso en el sistema de la legalidad, es siempre actividad. Estas ideas, que se reflejan en su afirmación de que el juez considera la ley no como regla de su conducta, sino como objeto de su conocimiento, culminan en la amplitud que a la función judicial concede CALAMANDREI en sus últimas obras (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.119-120)

¹¹⁵⁵La modernidad jurídica fue una lucha tenaz contra la incertidumbre. El estado de naturaleza de los contractualistas es un condensador de las incertidumbres que es preciso despejar. La certeza no es una condición natural sino el producto artificial de la racionalidad política y jurídica. Pensar juridicamente es generar un impulso superador de la incertidumbre, remontando las oscilaciones de lo problemático. La ideología de la certeza se afirmaba frente a la arbitrariedad de los jueces y los abusos de los juristas. Se sueña con una certeza perfecta: el derecho se convertiría en una máquina, los juristas en autómatas, la práctica en mecánica. El pensamiento decimonónico hizo un uso abusivo de la certeza. Todo se llena de supuestas certezas, en una autosuficiencia a la que no escapa una dogmática jurídica triunfalista. Pero, tras la ambición del sistema hegeliano, un pequeño libro

Se partirmos da ideia do direito como conjunto de leis abstratas, o juiz não poderia prescindir da lei para ditar a resolução do processo. De outro lado, se considerarmos que o direito não se esgota nas leis legisladas – posição que se defende na presente tese, o juiz pode prescindir da lei para criar o direito¹¹⁵⁶ Consiste o processo tanto o desenvolvimento da ação quanto da jurisdição.¹¹⁵⁷

la verdad es que en el juicio de derecho, al concurrir simultáneamente la inteligencia y la voluntad del juez, se puede reconocer al propio tiempo aplicación y creación de Derecho. Se trata en realidad de diversos puntos de vista sobre una misma cuestión. **Si consideramos el Derecho como el conjunto de las normas legislativas, no es erróneo hablar de aplicación, pues en definitiva en virtud de dichas normas vienen regulados los casos particulares: el juez buscará siempre entre ellas la norma idónea para resolver el problema concreto. Pero si se considera el Derecho como el conjunto de normas que disciplinan en concreto la acción humana, también la actividad el juez deberá considerarse como creadora.** Es, en efecto, la voluntad del juez que, eligiendo entre los diversos posibles significados de una norma abstracta, determina la disciplina concreta de una acción particular.¹¹⁵⁸ (g.n)

Deve-se ter como diferenciação principal que *nem toda lei contém direito* “...unque la ley puede ser una fuente de derecho en cuanto recoge doctrina jurisprudencial o de algún modo determina situaciones con efectos jurídicos, el fin da la ley no es específicamente la creación del derecho, sino el ordenar la vida de la comunidad.”¹¹⁵⁹ Ou seja, o fim da lei é ordenar, e tão

de Kierkegaard nos devuelve al punto de partida: de omnibus dubitandum est. Se inicia el paso de un pensamiento confiado a un pensamiento angustiado. (GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Derecho e incertidumbre. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n.º28, 2012, Pp.97-118. P.100-101)

¹¹⁵⁶ Mayores dificultades se presentan cuando se trata de determinar si el juez puede prescindir de la ley para dictar la resolución que estime mas adecuada al caso concreto. Si partimos del Derecho como conjunto de leyes abstractas, la respuesta debe ser negativa. Si, por el contrario, consideramos que el Derecho no se agota en las leyes abstractas formales, la respuesta puede ser afirmativa. En nuestro concreto Derecho positivo está establecida la sujeción del juez a la ley y, por consiguiente, *no debe* el juez pronunciarse en contra de lo dispuesto en el espíritu de la ley, aun cuando respetando el espíritu puede infringir la letra de la ley. Pero si la observación de la norma nos indica que el juez está obligado a seguir el dictado de las leyes, la observación de la realidad jurídica no demuestra que, aunque el juez no siga el mandato del legislador y dicte sentencia manifiestamente contraria a algún precepto legal, dicha sentencia tiene valor por si misma, prescindiendo de su conformidad con el Derecho positivo. El juez no debe infringir la ley, pero puede infringirla. Y en circunstancias extremas, la infracción podrá ser justificada e incluso adquirir el rango de doctrina legal y ser recogida en leyes posteriores, como ha ocurrido, por ejemplo, con la doctrina del abuso del derecho. La sujeción del juez a la ley es un simple *desideratum* del legislador, que puede no tener una justa correspondencia práctica. Siendo anterior la jurisdicción a la legislación, no puede ésta someterla materialmente. Podrá ser sancionado el juez, pero la sentencia se mantendrá y producirá plenos efectos, que no vendrán determinados por el legislador, sino por el juez. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.129-130)

¹¹⁵⁷ Así pues, el proceso es tanto desarrollo de la acción, cuanto de la jurisdicción, y a su vez, deviene en su esencia gracias a la dinámica conjunta de ambas. Por ello, para desentrañar la naturaleza del proceso jurídico y consiguientemente esclarecer el concepto del derecho procesal, es preciso analizar en este momento la actividad jurisdiccional, esto es, la jurisdicción (MÉNDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P. 115)

¹¹⁵⁸ DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.125.

¹¹⁵⁹ D’ORS, Alvaro. **Una Introducción al Estudio del Derecho**. Madrid: Ediciones Rialp, 1979. P.62.

somente esta função; a do juiz é criar junto ao caso concreto – fenômeno conflitológico de interesses.

O direito subjetivo forma miragens meio a percepção que a compreensão, tornando-se um componente artificial alocado no meio do amarelo desértico anacrônico do longínquo jurídico, que evidencia uma atmosfera de artificialidade, fenômeno este que torna o direito fenômeno artificial e saturado. Visa-se à desconstrução do Direito Subjetivo, e em sua arquitetura viciada de textos carregados de valorações e ideologias, os quais não representam os contextos sociais dinâmicos aderidos aos fenômenos da vida, separando fato e direito – mesmo que, conforme será demonstrado, não podem ser separados.¹¹⁶⁰ Crítica acertada que se faz é, “...aquela que, no terreno do Direito, pode bem ser denominada a hipertrofia da lei, é o espaço jurídico de uma diretriz, para não dizer de uma tendência, que constituí, em excesso, o caráter do pensamento moderno.”¹¹⁶¹

A juridicização da existência clama ao direito uma resposta redimensionada na *divisão de poderes*, pois junto a figura de um Estado Ativo Responsivo o Judiciário também passa a criar direito a partir do fenômeno conflitológico de interesses manifesta-se pelo caso-problema. Nem o legislador pode deixar de sentir-se interpelado a responder as diversas demandas sociais e nem essa resposta poderia, dada a generalidade existente na lei, prescindir de passar pela interpretação judicial. Também, existe, paralelamente, múltiplos casos abertos e conflitivos que não são possíveis de serem abordados pelo legislativo frente as suas peculiaridades. O caráter pluralista das sociedades, com forte marca ético-política, religiosa e política, não se acomoda tranquilamente às colocações postas pelo legislativo, o que cria na atualidade uma nova atmosfera na jurisdição, pois esta se vê, frente à responsabilidade social¹¹⁶² que é imbuída,

¹¹⁶⁰Une pareille innovation serait une révolution dans la marche ordinaire des discussions judiciaires telles qu'elles ont lieu chez nous, puisque le fait et le droit ne sont jamais nettement séparés, ni dans les conclusions, ni dans les plaidoiries. Nous venons de voir aussi tout ce qu'a de peu sérieux la distinction des points de fait et de droit posés après coup dans les qualités postérieures au jugement. Un des premiers mérites de l'introduction de qualités rédigées non-seulement avant la décision, mais même avant le débat, serait d'amener la séparation du droit et du fait au milieu même de la discussion. Les points de fait et de droit ne se réduiraient plus alors à de vaines questions ; l'ordre des plaidoiries, se trouvant déterminé jusqu'à un certain point à l'avance, prêterait moins aux artifices d'un plaidoyer habiliment disposé, et ôterait à la chicane une partie des ressources qu'elle peut retirer de l'arrangement de ses moyens. Le bon droit pourrait sans doute faire luire aux yeux du juge un jour plus parfait. Mais si cet ordre était prescrit, si la position des questions était soumise au feu du débat oral, n'aurait-on pas, à craindre d'interminables incidents sur leur régularité même ? On a proposé comme une simplification bonne à introduire dans notre procédure civile, la réduction «aux ques» tions de fait de certains litiges que la discussion inutile « d'un point de droit complique, et aux questions de pur « droit le grand nombre de procès dont la solution dépend « uniquement de l'interprétation de la loi ». Il est évident que cette simplification s'opérerait d'elle-même si l'on prescrivait de dresser les qualités pendant l'instruction de l'affaire, avant sa discussion à l'audience. (BORDEAUX, Raymond. **Philosophie de la Procédure Civile**. Paris: Evréux, 1857. P. 504-506)

¹¹⁶¹CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do Direito**. Belo Horizonte: Editora Lider, 2008. P. 9.

¹¹⁶²Judges are a sieve through which social factors filter. This is the role of politics in judging—although one must not forget that this process always operates through thick legal screens. And “politics” is a tendentious label for what amount to all-enveloping social influences. As the historical jurisprudents of the nineteenth century

desarmada para agir. Para que possa ter um maior espaço de ação, é necessário que a cultura judiciária mude para aceitar as necessárias mudanças da jurisdição e também para que a própria jurisdição descubra uma legitimação de sua atuação através do processo.¹¹⁶³

Neste ponto, surge a tese do direito como fenômeno conflitológico de interesses, que se situa em um campo, *jurídico em sua essência*, localizado no aqui e no agora, onde se jogam os interesses, necessidades dos diversos cidadãos; é neste vivo campo no qual a interpretação literal da legalidade busca se sobrepor, ignorando a realização das necessidades dos sujeitos concretos, perdendo o âmbito de participação e não apoiando uma política subjetivadora e emancipadora. Nestas condições, busca-se mostrar que a democracia é apenas efetivamente substancial e participativa na medida em que se aprecia o direito desde um novo ângulo: os fenômenos conflitológicos de interesse.¹¹⁶⁴

recognized, this manifold social influence on judging is as unavoidable as it is necessary. Law is embedded within society, and society oozes into law through every pore. Although it has often been pinned on “formalists,” the notion that law is autonomous from society is inconceivable, and no U.S. jurist of note has advocated it. The self-understanding of the common law tradition has always been that, via the medium of judges, law matches society. Now much of this is done through legislation. Law has its own internal language, concepts, practices, and imperatives that shape its operation and development, but the legislators, judges, and jurists who produce the law in the United States do so in connection with social values, social problems, social situations, social concerns, and social interests. (TAMANAH, Brian Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging**. New Jersey: Princeton University Press, 2010. P. 193-194)

¹¹⁶³Pues ni el legislador puede dejar de ser y sentirse interpelado y de responder a la demanda social; ni su respuesta, desde la generalidad de la ley, podría prescindir de la mediación judicial. Pero la cuestión es que existen, con tendencia a multiplicarse, problemas en gran medida abiertos y, en todo caso, muy conflictivos, no susceptibles de un abordaje legislativo capaz de reducir a unidad el antagonismo de las posiciones, por vía de síntesis o primando unilateral y definitivamente una de ellas, que sería la forma de pacificar normativamente el conflicto. El carácter fuertemente pluralista de nuestras sociedades, que se refleja de forma emblemática en tales materias, extremadamente polémicas y con fuerte impregnación ético-política o religiosa, no se acomoda bien a técnicas de intervención, que, más que mediar, cortan drásticamente. La naturaleza de esta clase de asuntos y las situaciones de tensión que originan es lo que obliga con frecuencia a optar por el modelo cultural de la jurisdicción, de la decisión caso por caso, en marcos de legalidad flexible o por principios, que es lo que mejor se adecua a la propia fluidez del objeto de regulación y decisión. Es patente que se trata de un nuevo espacio para la jurisdicción, difícil de cancelar y que, indudablemente, está destinado a complicarle la vida, pues, como es bien sabido, el aumento de la discrecionalidad como la intervención en materias de alta densidad política, da lugar al planteamiento inmediato de objeciones de legitimidad. (IBAÑEZ, Perfecto Andres. **Derecho y Justicia en el Siglo XXI, mas Difícil Todavía**. Colóquio Internacional - Direito e Justiça no Século XXI. P. 8-10)

¹¹⁶⁴En la historia de las sociedades del derecho “europeo continental”, “romano-germánico”, “escrito”, se ha operado una asimilación del derecho a ley. Es un proceso de reducción del derecho a una de sus formas: *la ley*. En el Estado moderno esta reducción ha sido promovida por esa especial y casi absoluta gravitación del derecho legislado sobre cualquier otra manifestación jurídica, aún de aquellas otras fuentes reconocidas, pero subordinadas a ésta en virtud del proclamado principio de legalidad. En una perspectiva diversa, surge la tesis (de origen sociológico) del derecho *como campo*. En el *campo* jurídico se juegan los intereses, necesidades, etc., de los diversos sujetos (como sujetos concretos portadores de intereses-necesidades reales); de ahí que la interpretación de la legalidad como literalidad pasa siempre por desconocer el proceso de conformación de esa legalidad. Lo que es más grave, al escamotear los llamados factores extrajurídicos (que desde el *campo* en realidad sólo son *diferenciadamente* jurídicos), amén de la propia indeterminación del lenguaje de la ley, que preforman la interpretación que se pretende legal y válida (carácter ideológico), la misma legalidad se anula en sus condiciones de realización en el proceso jurisdiccional (como *justo proceso*). Así, si el derecho es un *campo* donde juegan esos intereses-necesidades, quien lo *interprete autorizadamente* (v.g., el juez), siempre tiene un margen de interpretación suficientemente amplio que le permite realizar una *interpelación* de la ley que prevalezca ante la imposición de una lectura arbitraria o rigorista. Mas como ese margen puede operar en un sentido o en otro, lo

1.2 - O Processo Civil e Democracia Participativa: um mundo de novos horizontes contextuais

¿Cuando es el rostro anónimo de la economía quien marca los rasgos del mundo global, cuando se insiste en el hecho de que los mercados «votan» y las instituciones financieras «juzgan», y se apropian, en consecuencia, de funciones que pertenecen a la democracia y parecen reducir todos los derechos a su medida? ¿Cuando la tecnología nos lleva hacia las fronteras del pos-humano y nos pregunta si pueden sobrevivir unos derechos, no casualmente definidos, incluso en el lenguaje jurídico, como «humanos»?^{1165,1166,1167}

Como centro da discussão entre Processo e Democracia, a reestruturação da dialética dialogal e a revitalização do conceito de administração da justiça e colaboração reativa são fundamentais: a ideia de diálogo no processo¹¹⁶⁸ e colaboração reativa marcam uma nova visão

importante, desde una perspectiva emancipadora, es lograr una cultura jurídica y configuración constitucional (condicionada y condicionante) que adopten un parámetro (*derecho fundamental*) que atienda (i) a la realización de las necesidades de los sujetos concretos (cuerpos hablantes), (ii) en un ámbito de participación comunitaria (sujetos plurales), (iii) desde una ética de la alteridad y (iv) conforme las reglas y principios del juego democrático. Estas condiciones pueden dar lugar a una reformulación de la legalidad que tenga en cuenta su inversión como parte de la dinámica histórica, pero que contiene el correctivo que permite enfrentar su rigorismo, para recuperarla al servicio de la vida de los sujetos concretos (ALFARO, Norman José Solórzano. **Crítica de la Imaginación Jurídica**. Una mirada desde la epistemología y La historia al derecho moderno y su ciencia. Primera Edición. México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007. P. 228-229.

¹¹⁶⁵RODOTÀ, Stefano. **El Derecho a Tener Derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P.49.

¹¹⁶⁶Surge uma nova alternativa para o florescimento de um *espírito participativo do indivíduo* na concretização da democracia contemporânea. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 95-96)

¹¹⁶⁷... orientaciones políticas recogidas normativamente en los textos constitucionales se reflejan, en alguna medida, en la regulación del desarrollo del proceso; sino que, además, éste, en tanto que fenómeno social, se encuentra condicionado por el sistema político en el que se produce. (FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad**. In: KAPLAN, Marcos (Compilador). Estado derecho y sociedad: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. P. 170)

¹¹⁶⁸Le dialogue social a aussi à voir avec la notion de participation des intéressés, des destinataires de la règle, à l'élaboration de celle-ci. Cette notion renvoie à une conception « horizontale » de la prise de décision. Elle peut d'ailleurs trouver à s'appliquer à différents niveaux, dans différents espaces : aussi bien dans l'espace public, la participation, via le dialogue social s'appliquant à la prise de décision politique ; mais aussi dans l'espace privé, celui de l'entreprise. Ainsi peut-on entendre la disposition du préambule de la Constitution française qui énonce que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Dès lors qu'on admet que différentes parties peuvent voir leurs intérêts propres représentés lors de la prise de décision tant politique qu'entrepreneuriale, on quitte la conception classique du gouvernement pour aborder celle, plus incertaine, de la gouvernance. Selon J. Commaille, la gouvernance est « un processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, d'institutions (publiques ou non) pour atteindre des buts propres discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés et incertains ». Cette définition peut s'avérer pertinente pour appréhender certaines formes de dialogue social multipartite existant dans certains pays et dédiées à la régulation dans certains domaines (cf. en France la « gouvernance de l'assurance maladie », notamment depuis la réforme du 13 août 2004). L'auteur insistant sur l'idée que la gouvernance prévaut dans des « environnements fragmentés et incertains », on verra que sa définition s'avère tout à fait adaptée pour qualifier les processus de convergence des politiques sociales orchestrés au niveau européen et

sobre o direito, que passa a ser construído e desvelado a partir da sociedade como uma nova forma de criação do direito ao lado do emanado pela democracia representativa (legislativo), mas abrindo uma nova fronteira junto à participação processual, que dá espaço à criação processual do direito, marcado pela necessária e fundamental legitimação social fruto da democracia participativa.

A Democracia em suas duas qualificações (Representativa e Participativa), por via do direito, é capaz de diminuir o grau de subjetividade individualista e voltar-se à existência. Com isso, o cidadão será capaz de atuar no sentido de paralelizar as decisões judiciais submetidas ao Poder Judiciário frente ao debate processual unindo-se aos anseios sociais, representando com as metáforas vivas de uma gramática processual. Para melhorar a governabilidade democrática deve-se postular que o *sistema judicial* seja democrático, de maneira que a sociedade sinta-se parte e faça parte dessa política democrática. Por isso a necessidade de centralidade na administração da justiça em uma governança processual das partes em colaboração reativa.

A Jurisdição em um modelo de Estado Ativo-Responsivo acaba por acumular a função jurisdicional (*auctoritas*) e a administração da justiça (*potestas*): de um lado a administração acaba legitimando a governança processual das partes para que limitem as decisões calcadas em mera filosofia da consciência ou apregoadas à Lei em um senso comum. Essa fusão entre *autoritas* e *potestas* acaba propiciando uma ressignificação no tocante à jurisdição, cuja impulsão deu-se, conforme visto, com o ativismo judicial, que centrava-se no protagonismo judicial e teve como manifestação relevante a *juridicização da existência*. De outro modo, a jurisdição em um modelo de Estado Ativo-Responsivo, pela democracia, causa uma profunda despolitização da Jurisdição e uma politização acentuada no processo.

A definição de Estado Ativo-Responsivo se dá em um modelo de Estado vincado na reestruturação de suas funções, desconcentrando-as, pois todos os órgãos que constituem o Estado denotam o perfil Ativo e Responsivo no tocante as suas decisões. Portanto, suas decisões ultrapassam os limites “cercanos” do privado. Em razão da ampliação das tutelas de interesses

connus sous l'appellation de Méthode Ouverte de Coordination (MOC). Ce qui apparaît nettement aujourd'hui, c'est l'idée que le dialogue social est appelé à jouer un rôle fondamental dans les stratégies de réformes économiques et sociales de l'Europe. La Commission européenne entend en tout cas voir ce rôle renforcé, notamment dans la perspective d'une plus grande cohérence entre niveau national et niveau européen, ainsi qu'en atteste la Communication du 26 juin 2002. Le dialogue social apparaît en réalité comme un processus nécessaire en même temps qu'un outil indispensable pour impulser ou accompagner les grands changements d'aujourd'hui. Comme on le verra, il constitue un élément clef de la gouvernance économique et sociale de l'Union européenne en ces temps de réformes (ou de tentatives de réformes); il est aussi mis en avant par la Commission comme un rouage très important du processus d'élargissement de l'UE, ce qui implique qu'il soit développé dans les pays dans lesquels les partenaires sociaux peinent à se constituer comme tels (MARTIN, Philippe. **Dialogue social, participation et concept de gouvernance**. In: MARTIN, Philippe (dir.) *Dialogue social et réglementation juridique*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2007. Pp. 21-42)

individuais com a Constitucionalização do Direito, essas tutelas devem ser protegidas e por consequência aderem-se ao cenário público: este fenômeno para o Poder Judiciário pode ser visto como politização do direito pelas suas decisões.

Necessário e premente, assim, é *efetuar* a passagem das instituições do Estado para esse novo modelo de responsabilidade, evitando-se amplas e intermináveis discussões sobre a *essência* do Poder Judiciário, que em seu cerne subordinar-se-ia ao legislativo: esse estigma já foi desconstruído pelas digressões feitas até o presente momento.

A sociedade que se vive hoje possui contornos do que Rancièrè¹¹⁶⁹ denomina “pós-democracia”, a qual se relaciona com a *democracia consensual*. A sociedade pós-democrática não encontra no jogo das energias sociais a verdade das formas institucionais, pois é um modo de identificar os dispositivos institucionais da parte dos que possuem parcela apta a fazer desaparecer o sujeito e o agir próprio da democracia: “*El Derecho es como el clima. Se sabe que existe, pero se busca adaptarse a él. No cabe más posibilidad que la de buscar refugio cuando irrumpa su peculiar relampagueo.*”¹¹⁷⁰

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?¹¹⁷¹)

A democracia representativa, consensual¹¹⁷², 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

¹¹⁶⁹RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

¹¹⁷⁰En consecuencia, el mundo jurídico ciertamente no proporciona ninguna ocasión especial para moralizar o filosofar. Esta disposición aníma es acertadamente transmitida en los párrafos del Informe de las experiencias de un profesor americano que pasó un año en la Unión Soviética, investigando las experiencias de los tribunales: “Al igual que el rigor del clima, la extensión de los suelos y el campesinado pobre, los tribunales y el Derecho parecían ser aceptados como los caracteres del paisaje, nada puede alterarlos, pues son el resultado de la voluntad de poderes inaccesibles”. “Ha sido siempre así... Cuando inquiría si los tribunales eran justos o equitativos, la respuesta era normalmente un encogerse de hombros <Da>. Este encogimiento se explica porque la pregunta les resultaba extraña. El ruso común asume una actividad pasiva ante esas cosas; considera al Derecho ni bueno ni malo, pero inevitable; no logra despertálos interese para su consideración. Esto se resume en el hecho de que raramente piensan acerca del Derecho (FULLER, Leon. **Anatomía del Derecho**. Caracas: Monte Avila, 1969. P. 13-14)

¹¹⁷¹Cunha esta expressão Rodotà. Ver em: RODOTÀ, Stefano. **El Derecho a Tener Derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P.49.

¹¹⁷²RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.105.

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.¹¹⁷³ A democracia consensual não é mais do que a ideia liberal de Estado Reativo calcada num imenso racionalismo e que aprende o processo, em uma forma estática do direito.

Pero una solución justa sólo puede alcanzarse si se da una amplia gama de posibilidades. Si, como resultado del curso de los acontecimientos, las distintas opciones han sido progresivamente eliminadas hasta que sólo queda una, que se impone inexorablemente, esa solución será siempre una expresión del poder más fuerte que la sustenta, y en ningún caso puede ser justa. Una solución impuesta por necesidad en los asuntos políticos no puede ser justa.¹¹⁷⁴

Quando o tema de legitimação Democrática do direito ocorrer desde uma perspectiva de filosofia da lei, em pura legalidade, revela caracteres peculiares: toda a preocupação se centra nos procedimentos formais capazes de garantir a Democracia do momento criador do direito, identificado com o momento de elaboração da lei, pois somente ao criar leis se produziria uma autentica atuação do poder e uma irrupção do direito novo. Uma vez com o fim do momento criador do direito, a segunda preocupação será eliminar toda manipulação de seu processo aplicativo.

A interpretação da lei é olhada com receio, como recurso que pretende elidir sua correta aplicação.¹¹⁷⁵ Ante o tema de aplicação da lei, o princípio da legalidade se mostra indispensável e insuficiente. É absurdo pensar que hoje as expectativas sociais podem ser por definição coincidentes com o que a lei pretenda criar. Se assim fosse, *bastaria aplicar a lei para fazer valer a Democracia*; porém, é um consenso difuso de expectativas sociais que regulam a vida social.¹¹⁷⁶

Essa mesma realidade de *pós-democracia* é denunciada por Ovídio Baptista, o qual refere que na atualidade a política foi extirpada, “À primeira vista, aos olhos do observador desatento, a impressão é de que o sistema assegura uma liberdade praticamente ilimitada, tanto para convergir quanto para divergir. Entretanto, se o pensarmos num período de longa duração,

¹¹⁷³RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.112-113.

¹¹⁷⁴ELLUL, Jacques. **Politización y Soluciones Políticas**. Disponível <http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/30_2_ellul.pdf>. Acesso em 31/01/2018. P. 24.

¹¹⁷⁵En efecto, si derecho se identifica con ley, crear derecho es crear leyes y ello es competencia del poder legislativo (democráticamente legitimado) y no del judicial (supuestamente técnico). (OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positivismo Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 148)

¹¹⁷⁶OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positivismo Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 151-152.

veremos que essa liberdade tem limites muito bem demarcados.”¹¹⁷⁷ Paolo Grossi assinala essa realidade em razão da “...la pérdida de su carácter óntico, del derecho como algo propio de la naturaleza de la sociedad, que se descubre y se lee en la realidad cósmica y social y se traduce en reglas”.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁷É natural que a complexidade da sociedade contemporânea tenha exasperado a “contingência”. Na medida em que crescia o extraordinário complexo legislativo, elaborado por economistas e técnicos de outras áreas com deficiente formação jurídica, o próprio legislador não teve remédio senão transferir aos magistrados uma parcela do poder para compor antinomias e contradições, existentes no sistema legislativo. Além disso, o emprego de conceitos indeterminados, de que o legislador não pôde furtar-se, passou a exigir dos magistrados poderes mais amplos na exegese dos textos. Soma-se a essa conjunção de fatores, o movimento no sentido da 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. Em última análise, o discurso da discricionariedade a rigor se desfaz, conservando-se o sistema fiel à doutrina que pressupõe um único sentido da lei, sem que ele aceite conviver com a compreensão do outro. Vivemos conseqüentemente uma singular discricionariedade somente para o “sim”, nunca para o “não”, nem mesmo para o “talvez”. A discricião, assim entendida, não chega ao ponto de conceder ao magistrado uma autentica autonomia decisória que lhe desse condições de recusar, por exemplo, a aplicação a uma lei que, ante as novas contingencias históricas, tornara-se injusta. Ao pensamento é impossível ultrapassar o sistema. Esta é, de fato, uma das mais expressivas características da organização política moderna, que a faz uma sociedade absolutamente inclusiva, promovendo o fenômeno que Herbert Marcuse indicou como “fechamento do universo político”, que acaba fazendo com que haja uma “convergência dos opostos”. O sistema tem uma inesgotável capacidade de absorção dos contrastes. À primeira vista, aos olhos do observador desatento, a impressão é de que o sistema assegura uma liberdade praticamente ilimitada, tanto para convergir quanto para divergir. Entretanto, se o pensarmos num período de longa duração, veremos que essa liberdade tem limites muito bem demarcados. O sistema sobrevive não apenas pela sua capacidade de absorção dos contrastes mas, até mesmo, porque as oposições seguem o seu ritmo. Um exemplo banal, que não deixa, porém, de ser alarmante, desta característica da sociedade moderna está na forma como nos comportamos ante o sistema econômico vigente. A alguém que oponha argumentos contra o capitalismo, seus defensores costumam responder que as restrições que se costumam fazer-lhe nem mesmo são atuais, porquanto o capitalismo combatido por Marx e os socialistas clássicos não mais existe, tais e tantas foram as transformações ocorridas durante o século XX. Estaríamos hoje em presença de uma realidade inteiramente diversa. Isto sem dúvida é verdade, mas não se deve esquecer de que as transformações a que o capitalismo submeteu-se foi o preço que ele pagou para estabelecer o seu domínio universal e absoluto. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Processo e Ideologia**. São Paulo: Editora Forense, 2004. P. 274-276)

¹¹⁷⁸El derecho moderno está tan marcado por su esencial vinculación con el poder político que aparece como el mandato de un superior a un inferior -de arriba a abajo-, visión imperativa que lo identifica con una norma, es decir, con una regla autorizada y autoritaria; esta visión, reforzada recientemente al arreciar la ráfaga kelseniana, tiene un costo altísimo en opinión del autor de este pequeño libro: la pérdida de la dimensión sapiencial del derecho. Ya que tal visión no puede sino concretarse en un sistema legislativo, con una sola fuente plenamente expresiva de la juridicidad que es la ley. Una ley -la de los modernos- que se concreta más en un acto de voluntad que de conocimiento. Ocasionalmente, puede ser redactada por estudiosos y tener un gran contenido sapiencial, pero su fuerza la obtiene no de su contenido sino de su procedencia del máximo órgano del poder político. Que después, artificioosamente se identifique la asamblea legislativa con el único representante de la voluntad popular y la ley con la única expresión de la voluntad general, son sólo presunciones absolutas y verdades axiomáticas acuñadas por una hábil estrategia de política del derecho. Pérdida de la dimensión sapiencial no sólo quiere decir sustracción del derecho a una clase de personas competentes, los juristas, sean ellos maestros teóricos o jueces prácticos, sino también la pérdida de su carácter óntico, del derecho como algo propio de la naturaleza de la sociedad, que se descubre y se lee en la realidad cósmica y social y se traduce en reglas. Un coste que la visión ordinamentatF atenuaría mucho si no estuviese obstaculizada en la conciencia común por la victoriosa permanencia de convicciones imperativas. La lección del historiador consiste en llamar la atención del jurista actual sobre el íntimo -carácter sapiencial del derecho en culturas diferentes a la consolidada en el culmen de la edad moderna en la Europa continental: de manera plena en el derecho común (*ius commune*) medieval y posmedieval, en gran medida en la civilización del *common law*. Simplismo y optimismo parecen las características más llamativas del jurista moderno confirmado por las certezas ilustradas. Pero muchos son los problemas que se eluden, los interrogantes

Da mesma forma, para Castanheira Neves¹¹⁷⁹, o direito não é uma necessidade ontológica, metafísica, mas uma resposta humana aos fenômenos existenciais, histórica, contingenciada, a problemas humanos de convivência e que se constrói na prática; não é objeto de descoberta da razão teórica pura, mas objeto de transformação da razão prática. Mas também não é apenas *voluntas*, uma contingência absoluta, ou mesmo a consequência particular de compromissos político sociais. A prática jurídica possui uma especificidade histórica e cultural inegável e sua vocação à validade estipula um acordo de fundo sobre princípios fundamentantes que constroem o próprio *ethos* referencial dos discursos em um dado tempo e lugar. E esse acordo básico sempre revela naquele lugar e tempo o sentido do direito.

En la primera mitad de este siglo muchos juristas trabajaron esa pregunta y se convencieron de que podía ser resuelta. La solución preferida suele expresarse dentro de estos lineamientos: la realidad jurídica há de encontrarse en las decisiones judiciales, esto es, en las acciones que éstas realicen en la relación con las controversias que les sean sometidas para su solución. Vamos exponer, en su forma más persuasiva, los argumentos que pueden ser esgrimados en favor de esta tesis. Aunque la mayor parte del Derecho hoy en día se presenta bajo su forma legislativa, ésta no es aplicada a los hechos humanos por el poder legislativo que lo crea. Este trabajo de aplicación le corresponde a los tribunales. Es en el interior de éstos en donde se produce, por consiguiente, el enlace entre la vida y el Derecho. Es aquí el lugar en donde la palabra se hace acto y es en el lugar en donde la palabra se hace acto y es en el transcurso del proceso que la palabra adquiere un significado que se identifica con su proyección en el dominio del actuar humano.¹¹⁸⁰

Seria um erro pensar que haveria legitimação democrática no momento de criação da lei pelo legislador, pois somente há um *projeto*. Sem dúvida um projeto imprescindível, porém, insuficiente, pois também entra em cena em sua criação um jogo ético, político, que necessita de uma legitimação adicional.¹¹⁸¹ Os juízes expressam a soberania popular, de nível superior

que no se han querido resolver, y demasiado fácil es la satisfacción que emana de la contemplación de un mundo poblado de figuras abstractas proyectadas por una linterna mágica sabiamente manejada. Muchos interrogantes, por el contrario, pesan y exigen respuestas. ¿Cuál es el verdadero rostro del pueblo soberano del que alardean y se jactan las declaraciones revolucionarias? ¿Qué democracia es capaz de realizar un Estado que permanece rígidamente monoclasa (en Italia hasta bien entrado el siglo xx)? ¿Constituye un filtro fiel de la voluntad popular el partido político y hasta qué punto la democracia de partidos es expresión del pueblo soberano? ¿Es satisfactoria, desde el punto de vista de la justicia, la garantía ofrecida por la legalidad, la certeza del derecho y la división de poderes? ¿Puede contentar la ley como justicia cuando la ley se reduce a mandato autorizado pero merecedor de cualquier contenido, y por tanto vacío? ¿Por qué la infabilidad y, consecuentemente, la irresponsabilidad jurídica de los titulares del poder político, frente a pesadas responsabilidades de los titulares del poder administrativo y, hoy, también del poder judicial? (GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. P. 16-18)

¹¹⁷⁹NEVES, Castanheira A. **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. P. 191.

¹¹⁸⁰FULLER, Leon. **Anatomia del Derecho**. Caracas: Monte Avila, 1969. P. 24-25

¹¹⁸¹Resta aún el segundo interrogante: qué cabe hacer, una vez admitido que el proceso que concretiza la ley y la convierte en derecho no es meramente mecánico, ni racionalizable exhaustivamente mediante artificios lógicos, sino radicalmente humano y necesitado de una legislación ética y política. La respuesta no podría ya ser meramente crítica, sino que habría de afrontar la elaboración de una teoría del derecho sustitutiva de la consagrada por la

tal qual se expressa na Constituição, prevalecendo sobre uma manifestação menor da soberania do legislativo de uma democracia representativa.¹¹⁸²

Em uma pós-democracia, baseada no consensualismo¹¹⁸³, toda a extensão do direito e do Estado é, portanto, a criação de uma figura do direito como lei, na qual seu conceito se desenvolve *em detrimento de suas formas de existência*, pois exprime a extensão da capacidade do Estado em tornar a política ausente ao suprimir todo o intervalo entre direito e fato.¹¹⁸⁴

As expressões não abarcadas pelo sistema jurídico pela juridicização acabam por se expressar pela *judicialização do direito*, onde o direito acaba por catalisar as expressões do social que, em uma pós-democracia, o Estado ignora. As relações de poder desenvolvidas na sociedade expressadas pela partilha do sensível, pela divisão de parte cada vez mais não encontram uma forma de canalização política. O judiciário é assim chamado para atuar judicializando os conflitos e dando voz aos *sem parcela* e não-humanos.

Mesmo que o *dano* fundador da política seja diferente do *dano* fundador do jurídico, na sociedade atual se encontram, pois o jurídico é capaz de dar voz aqueles que não possuem voz.¹¹⁸⁵ O acesso democrático dar-se-ia pelo processo, pois o direito não os reconhece

filosofia de la ley. Tal parece ser la pretensión de dos líneas que van fraguando en la reflexión judicial del actual (OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positvismo Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 151-152)

¹¹⁸²NIÑO, Carlos S. **La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad**. Disponível em file:///C:/Users/Gabriela/Downloads/Dialnet-LaFilosofiaDelControlJudicialDeConstitucionalidad-1049078.pdf . Acessado em: 31/01/2018. P. 86.

¹¹⁸³Assim se afirma o ideal de uma adequação entre Estado gestor e Estado de direito pelo "ausentamento" do *demos* e das formas do litígio ligados a seu nome e a suas diversas figuras. Uma vez despedidos os atores "arcaicos" do conflito social, não haveria mais obstáculo para essa concordância. Querendo colocar em harmonia os nomes e as coisas, o modelo consensual volta naturalmente a favorecer a velha definição cratiana do *blaberon*: o *blaberon* é o que "pára a corrente". As velhas figuras do dano e de sua subjetivação obstaculizam a livre correnteza do *sympheron* que, segundo sua etimologia, "leva junto" as mercadorias e as idéias, as pessoas e os grupos. A dissolução das figuras arcaicas do conflito permitiria a exata consequência do *sympheron* ao *dikaion*, a livre circulação do direito no corpo social, a crescente adequação entre a norma jurídica e a livre iniciativa econômica e social pela extensão dos direitos da economia e da sociedade, dos modos de vida e das mentalidades. (RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.108-109)

¹¹⁸⁴Elas são também extensões da capacidade do Estado perito em tornar a política ausente ao suprimir todo intervalo entre o direito e o fato. De um lado, o direito vem libertar o Estado da política da qual ele libertou o povo; do outro, ele vem colar-se a toda situação, a todo litígio possível, decompô-lo nos elementos de seu problema, e transformar as partes do litígio em atores sociais, refletindo como a lei de seu agir a identidade da comunidade consigo mesma. A extensão desse processo é a crescente identificação do real com o racional, do jurídico com o científico, do direito com um sistema de garantias que são acima de tudo as garantias do poder do Estado, a garantia sempre reforçada de sua infalibilidade, da impossibilidade de que seja injusto, a não ser por erro, um erro do qual ele não cessa de garantir-se mediante a consulta incessante de peritos sobre a dupla legitimidade do que faz (RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.114)

¹¹⁸⁵Para RANCIÈRE, o conflito político seria aquele responsável por reconhecer partes que sequer possuem voz para ir ao litígio jurídico, de modo que o dano que o conflito político expõe não poderia ser regulado sob a forma de um acordo/litígio jurídico entre partes, pois são os sujeitos o próprio modo de manifestação do dano. Entretanto, o acesso universal à justiça, bem como processos coletivos, revelam que sim, o direito e a jurisdição podem ser meios de subjetivação dos conflitos sociais, na medida que reconhecem sua *voz na sociedade*.

subjetivamente. O processo exaspera a existência e a contradogmática acerca do fenômeno conflitológico de interesses dando voz política à existência, *pois as sereias gritam Dionizio*.

Essa instância não poderá ser hoje, pelo que já se disse, o poder legislativo com a sua legislação, dado o seu directo compromisso político – impõe-se hoje uma distinção, pelo menos uma tensão, entre a lei e o direito, já porque a lei não é só em si o direito, já porque pode manifestar-se em contradição com ele. Terá de ser essa instância o Poder Judicial, a jurisdição: a índole política (comprometidamente política) da função legislativa há de ter o seu contrapólo na índole jurídica (autonomamente jurídica) da função jurisdicional.¹¹⁸⁶

O consenso social surge como um regime determinado do sensível, da existência, porém, ignora que a existência é dinâmica. O consenso vê somente um modo particular de visibilidade do direito como *arkhé* da comunidade. Antes de resolver os problemas dos parceiros sociais tornados sensatos, é preciso considerar que a estrutura específica da comunidade não é posta de maneira estática, que não são estáticas e se expressam mediante fenômenos conflituais.

O fenômeno conflitológico de interesses é tido como co-natural para a adaptação existencial, e precisa o fenômeno conflitual ser estudado em suas bases sociológicas, antropológicas e filosóficas, servindo tais estudos como elemento fulcral para a compreensão hermenêutica.¹¹⁸⁷ O fenômeno conflitológico de interesses passa a ser a gênese do direito, por ser inato ao ser, desprendendo-se do *dever ser*.

¹¹⁸⁶NEVES, Castanheira A. **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. P.172-173.

¹¹⁸⁷The field is now variously referred to as dispute resolution, alternative dispute resolution (assuming all processes other than adjudication are alternative), or appropriate dispute resolution (assuming functional fits of "forums to fusses"). More broadly, conflict resolution demonstrates, in its multifarious nomenclature, its rather promiscuous or multiple-heritage ancestry. Many different intellectual disciplines have contributed basic concepts, research agendas, institutional forms, and professional roles, enactments, and practices. For purposes of some (perhaps artificial) clarity, I suggest here, as I review the history of the development of the field and its key ideas and concepts, that "disputes" and "dispute resolution" have been constituted by the legal field, and "conflicts" and "conflict resolution" by the broader pastiche of the social sciences (anthropology, political science, international relations, sociology, psychology, history, economics, and game theory) and their more multidisciplinary social activist spinoffs, such as peace studies, social movement theory and practice, and conflict resolution. While "disputes" may be about legal cases, conflicts are more broadly and deeply about human relations and transactions. Conflict "handling" may be both more and less involving and complicated than "dispute settlement" or "conflict management." The study of "dispute processing" is a sort of bridge terminology and field, having been constituted by legal anthropologists (some of whom were and are lawyers) to move the focus away from legally constructed "cases" to the broader notion of culturally and contextually embedded "disputes" having existences, before, during, and after formal legal disputes. Is This rich line of both theorizing and empirical study of dispute processing in the tradition of sociolegal studies has sought to study disputants, their representatives, the context and content of their disputes, and the varieties of processes chosen to "process" (not necessarily to resolve or manage) their disputes, in order to uncover what social processes and relationships, in addition to, or other than, "law," influence what actually happens to disputes. The sociolegal focus on "disputing processes" de-centers-but does not eliminate-law as the primary variable explaining how disputes are resolved. It was a natural derivative of the school of legal realism, which in its own time de-centered doctrine in legal studies and, indeed, provided the first generation of dispute resolution scholars and practitioners-among them Lon Fuller, Soia Mentschikoff, and Karl Llewellyn-who

As críticas fazem com que o Estado cada vez mais se afasta da política através do direito, através da criação interminável de leis que tem uma pretensão de submeter o político ao estatal pelo viés do jurídico, que predetermina as manifestações da sociedade antes de elas existirem. O Estado moderno busca ser um “Estado modesto”, afastando-se de promessas políticas e do litígio do povo ao buscar regular a vida social para desenvolver sua própria legitimação. A democracia em sua forma atual busca tornar o *demos* ausente, ausentando o povo do alcance a política¹¹⁸⁸, na medida em que declara que o direito somente poderá ser aquilo que o legislador diz que é.

poder do direito se identifica cada vez mais com essa espiral de superlegitimação do Estado científico, na equivalência crescente da produção de relações de direito e da gestão dos equilíbrios mercantis, na recorrência permanente do direito e da realidade

studied legal institutions where doctrine was made, enforced, and sometimes resisted or transformed in practice. [...] The study of conflict and conflict resolution clearly predates the focus on disputes and dispute resolution institutions in the law. Sociologists such as Emile Durkheim, Karl Marx, Georg Simmel, and Lewis A. Coser were interested in both the structure and function of various forms of conflict in society. It was sociologists who first argued 'for the constructive role of conflict and the positive social change dimensions of conflict in society. Social psychologists took up the study of conflict, in both its "destructive" and "constructive" forms, as they focused on both individual and group behaviors in preventing, making, escalating, resolving, and reconciling conflict. A different group of social psychologists studied and created a new field, "procedural justice," which empirically examined differences with respect to expectations and performances in different process settings (contrasting, for example, adversarial structures with inquisitorial ones, and mediation and arbitration forms with adjudication). These social scientists have documented that participants in dispute resolution processes have a strong desire for "procedural fairness" that may be more robust than their satisfaction or concerns about actual outcomes. Social psychologists have more recently focused on how human cognitive errors both produce conflict and prevent us from resolving conflicts in rational and efficient ways, identifying a group of heuristic and strategic errors we make in processing information and forming preferences when we interact with others. Sociologists and social psychologists together have produced a variety of typologies and taxonomies of types of conflicts, specifying such variations as material vs. nonmaterial (value- or needs-based) conflicts; perceptual, behavioral, and attitudinal conflicts; malleability or changeability of the res in conflict; numbers of parties in conflict (dyadic vs. multiparty); intergroup (e.g., nation-state) vs. intragroup (organizational) conflicts; and intrapersonal vs. interpersonal conflicts. Efforts at cataloging types of conflicts, replicated in political science for both domestic and international disputes and conflicts, and now law, are based on the rationalistic hopes that taxonomies of characteristics will enable us to collect data, identify patterns or "indicators," and make predictions for the trajectory of a conflict and perhaps for its "treatment" in various forms of prescriptive conflict resolution interventions. Cultural variations in how conflicts are defined, experienced, and acted on have engaged anthropologists since at least the nineteenth century. Now the old debates about cultural differences have reared their heads again in claims of "clashes of civilizations," both in the definitions of and the "processing" (including interpretation or "meaning making") of conflicts, at nation-state, cultural, ethnic, religious, group, and individual levels. Some of our Americanized-"newer"-forms of dispute resolution are derived from older forms in other cultures and, some would say, lose something in the translation, derived from African moots or Asian mediation! even as they try both to adopt new cultural forms and "mediate" cultural diversity within one nation and its internal disputes. International relations theorists, who were among the first to formally study negotiation processes (along with game theorists and mathematicians, developing models for strategic interactions in war and Cold War settings), have reemerged as organizers of both theoretical and empirical propositions to test in modern international crisis (see, e.g., the role of deadline and "ripeness" in dispute settlement). Roger Fisher, key developer of the "principled negotiation" model of integrative negotiation in *Getting to Yes*, although a law professor at the time, developed many of his insights from international and diplomatic service in the U.S. State Department. (MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving**: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context. Disponível em: < <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/>>. Acessado em: 31/01/2018. P. 9 e 13-14)

¹¹⁸⁸RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.113.

cujo termo final é a pura e simples identificação da "forma" democrática com a prática administrativa de submissão à necessidade mercantil. Em última instância, a prova do direito do poder estatal identifica-se com a prova de que ele não faz nada além do que é apenas possível, nada além do que a estrita necessidade no contexto do enredamento crescente das economias no seio do mercado mundial recomenda.¹¹⁸⁹

Observada uma primeira fase de relação entre Direito e Política expressada pelas Constituições, bem como uma segunda fase onde ocorre as primeiras expressões interpretativas pelo ativismo judicial, na contemporaneidade observa-se uma passagem da centralidade do problema dirigido ao Processo Civil, e não mais à discussão sobre Política e Jurisdição. Isso porque se acredita ser necessária a discussão acerca da relação entre Processo e Política; ou, melhor, Processo e Direito.

As teorias que sustentam que o juiz não cria direito, mas tão somente aplicam o e ressaltam que quando o juiz possui poderes discricionais não atua como juiz, mas sim como legislador, esquecem que o direito é uma ciência prática que se realiza na sociedade e não pode ser estudada prescindido dela¹¹⁹⁰ “[...] *frente a este sistema de la creación judicial de derecho, frente a esta justicia dinámica y rómantica, los ordenamientos constitucionales fundados en la separación de poderes, outorgan la preferencia al sistema estático y “racionalizado” de la creación legislativa del derecho, que pretende realizar de manera absoluta la separación entre justicia y política.*”¹¹⁹¹

O Poder Judiciário é legitimado pelo Estado com a função jurisdicional - atividade esta que do *ius dicere* passou na contemporaneidade a ser um *ius facere* - e não deixa o judiciário de colorir o mundo jurídico com os fenômenos que lhe são postos a análise. Ganha o órgão uma significativa relevância, ainda mais no período chamado como a quarta guerra mundial que veio a surgir com a queda do muro de Berlim e com o fim da atenuada guerra fria. Os sistemas jurídicos alteraram suas epistemologias centrais, o direito passa a sofrer influências interpretativas e ressemantizadas diante da chamada Constitucionalização do Direito, cujo

¹¹⁸⁹RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. P.114.

¹¹⁹⁰Por lo general, quienes sostienen que el juez no crea Derecho, sino que *sólo* se limita a aplicarlo, mantienen unas teorías mas bien moderadas, defendiendo que en aquellos supuestos en que el juez tiene poderes discrecionales actua no como Juez, sino como legislador, lo que a nuestro entender puede ser refutado fácilmente sólo con considerar que en los países anglosajones, en *el* Derecho romano y en general hasta la Codificación, no existiría jurisdicción, sino tan sólo legislación; o que la función creadora del Derecho por parte del Juez no pertenece al derecho, sino a sociología, incurriendo en una peligrosa distinción, pues en definitiva el derecho es una ciencia práctica que se realiza en la sociedad y no puede estudiarse prescindiendo de ella; o por último, como simple *desideratum*, se propugna que el juez debe aislarse no sólo de todo soplo de pasión humana, sino también de cualquier juicio o valoración de oportunidad política, que corresponde efectuarlo únicamente al legislador; lo cual es una utopía irrealizable si tenemos en cuenta que los jueces gozan también de condición humana y, por tanto, son sensibles a las pasiones y a las valoraciones (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.108)

¹¹⁹¹CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. P. 69.

reflexo, no processo, se dá por uma publicização e socialização de suas ideologias, adentrado acentuadamente a democracia substancial em seus institutos: de um lado ressemantiza suas estruturas dogmáticas rígidas e em muitos casos nos Código Processuais vigentes força a alteração das interpretações a uma interpretação Constitucional. Em um Estado Ativo Responsivo ganha especial destaque a figura do cidadão ativo, o qual exerce a defesa de seus direitos tutelados constitucionalmente.

Esse novo espaço constituído pelo cidadão ativo faz emergir junto as correntes ideológicas do direito o *privativismo processual*, reconfigurando o direito público e privado, os quais aproximam-se. A privatização do processo se dá acentuadamente com a administração da jurisdição, pois a potestas é disseminada por todas as partes envolvidas na lide. Isso faz com que o objeto do processo, que é o nítido pressuposto de subsunção dos direitos subjetivos estáticos e anacrônicos, junto à atividade jurisdicional, seja reflexionado e ganhe movimento interpretativo com as aquisições de sentidos aderidas e constituídas com o diálogo desconstitutivo-constutivo proveniente do jogo processual. O jogo processual vem a abrir horizontes possibilitados pelo fenômeno conflitológico de interesses, o qual ganha desvelamentos na construção/desconstrução e dialeticidade dialogal com o objeto do debate processual.

O objeto do litígio – contraditório - tem a sua ressemantização pela epistemologia constitucional através garantias do debate, que vem a gerar a fundamentação do juiz, e assim o juiz, em pé de igualdade com as partes, nesse perfil privatista, que tem como âmago administração judicial, desvela o fenômeno para que justifique em sua função judicial um julgar criativo¹¹⁹² do direito, superador do mero julgamento de acordo com a lei atado à legalidade/legalidade constitucional. Acosta-se na atualidade uma legitimidade democrática processual que permite essa função criativa da decisão judicial.

Pela lógica Constitucional, as normas constitucionais cingem-se em regras e princípios que permeiam o sistema jurídico. Denota-se a evolução quanto ao termo cidadão ativo, pois a

¹¹⁹²Al final de mi ejercicio, el movimiento general de la demostración no resulta cuestionado, pero pasa a ser concebido como reversible (viene acompañado de retrocesos y de situaciones en las que lo jurídico se retira voluntariamente) y, con frecuencia, conflictivo e indirecto (la «lucha por el derecho» no es un largo y tranquilo río, y ello en la medida en que han de institucionalizarse esferas diferentes sometidas a lógicas a veces opuestas), no necesariamente deliberado (muchas reglas efectivamente practicadas permanecen, como en la materia de la práctica lingüística, sin formular y fuera del nivel consciente), sin limitarse tampoco ni al Derecho estatal (muchos subsistemas institucionales se organizan, comprendiéndose aquí también en el plano jurisdiccional, dotándose también, como pone de manifiesto Teubner, de normas constitucionales), ni a la iniciativa del legislador, ni a la mera normatividad clásica (la economía y la ética, están sin duda presentes, pero también los medios de comunicación, la salud, las finanzas, la tecnología)..., finalmente creativo y no mera copia pasiva. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.31-32)

cooperação processual que faz das partes, partes ativas. O Estado Ativo Responsivo, ao mesmo tempo em que dirige direitos que pertencem ao indivíduo, reconhece que estes somente podem ser exercidos de maneira coletiva que, ainda que pertençam ao indivíduo, somente podem ser exercidos junto ao coletivo. Adere-se à epistemologia jurídica, voltada para a constitucionalização do Processo Civil como parte da evolução de seus institutos delineando um caminho evolutivo-transformador de institutos que vão na mesma direção dos anseios da sociedade com novas soluções jurídicas. O Processo passa a assumir a postura de veículo de realização de valores básicos e consonância com os ditames constitucionais, demonstrando assim um horizonte dinâmico para a Ciência Processual.¹¹⁹³

O Paradigma Científico da Complexidade, a partir do processo, aponta neste a necessidade de nova maneira de considerar a resolução dos fenômenos conflitológicos de interesses; é este paradigma um *fogo das loucuras* que desemboca em um *teatro-mundo*, ou também como um *labirinto*.¹¹⁹⁴ *A racionalidade em seu sentido mais plural* é o lugar no qual finalmente o conhecimento volta a ser uma aventura encantada¹¹⁹⁵ e surreal¹¹⁹⁶, abrindo caminho para compreender melhor os problemas humanos¹¹⁹⁷.

Ahora bien, para que realmente lleguemos a este punto, debemos trabajar en la perspectiva de generar una nueva conciencia crítica de especie. Solamente con una evolución responsable, construida a través del progreso consciente, podremos convertir conocimiento en pensamiento, alejándonos de este modo de la sociedad de la ignorancia.¹¹⁹⁸

O sujeito posto em sua capacidade reflexiva, balanceia o espírito subjetivo de seu ser e a intersubjetividade necessária para a adaptação existencial, estando pleno para o exercício. Tal

¹¹⁹³Portanto, o Estudo Constitucional do Processo justifica-se pelo desocultamento de velhos paradigmas a novos horizontes para com a Ciência Processual e por relevante para a Ciência do Direito. Fica evidente, o momento em que se faz a necessária compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos dos problemas sociais que envolve a própria concepção de Processo e de Jurisdição e Ação.

¹¹⁹⁴Si buscamos el paradigma de la modernidad, es éste. Es el juego de las locuras que desemboca en un teatro-mundo. A la postre resulta ser no solamente un teatro-mundo, sino también un laberinto. Contiene una gran estructura mítica, que es su sostén. Su argumentación tiene razones, pero son razones míticas, que engloban las razones instrumentales, que se desarrollan en su interior. Por ser razones míticas, no dejan de ser razones. En este sentido el paradigma es el marco categorial de la propia modernidad. Este marco categorial es y puede ser solamente mítico, es razón mítica. (HINKELAMMERT, Franz. **La maldición que pesa sobre la ley**. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso. San José: Costa Rica: Editorial Arlekin, 2010. P. 69).

¹¹⁹⁵SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995. P. 35.

¹¹⁹⁶WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, vol. I. P. 91 e segs.

¹¹⁹⁷MORIN, Edgar. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 5.

¹¹⁹⁸ROURA, Eudald Carbonell. **La Sociedad de la Ignorancia y otros ensayos**. Disponível em <http://www.ub.edu/histofilosofia/gmayos_old/PDF/SociedadIgnoranciaCas.pdf>. Acesso em 31/01/2018.

democracia deve-lhe outorgar os meios necessários para reconhecer-se como singular – por sua subjetividade reflexiva – e como plural – intersubjetividade; como aquele que faz a diferença por meio de suas ações possibilitadas de serem sentidas socialmente pelos mecanismos politicamente reconhecidos. A concepção individual e egoísta, herança da ordem liberal, ainda está arraigada na sociedade, impondo discursos que dirigem o direito para um sentido oposto à Democracia. A democracia em constante mutação, transformação e superação, perpassa qualquer resquício de estática ao reconhecer no ser a fonte dessa transformação e o conflito fenomenológico de interesses como parte *natural* da compreensão dos seres-postos-ao-mundo; indo além de qualquer resquício de totalitarismo utópico que, por sua vez, prega a harmonização social por via do Estado e relaciona o conflito de forma negativa como parte da irracionalidade humana. De novo, ressalta-se que o fenômeno conflitológico de interesses tratado não é a *banalização do mal*, mas sim o natural desvelar do ser-posto-ao-mundo.

O direito democraticamente estruturado é aquele que abraça o ideário que ele deve andar lado a lado com a subjetividade reflexiva do espírito do cidadão ativo, munido pelas ferramentas básicas que capacitam seu exercício de agente modelador do Estado e do próprio Direito. Para o ser humano possuir tal capacidade, necessário reconhecer na sua subjetividade a voz ativa, reconhecê-lo como singular, mas que vive em grupo e em prol da função social que baliza e respalda as relações privadas postas em causas. A aceitação do outro como diferente e como igual a mim – via metáfora do espelho – é o que permite a realização dessa máxima.

Como é possível captar nossa identidade com espírito de cidadão ativo na sociedade no cenário do Estado Democrático de Direito? De maneira a coincidir o meu papel como cidadão com a relação intersubjetiva realizada com o outro, cujos anseios são tão importantes e nobres quanto os meus. Esse processo deve ser capaz de balancear meus anseios como indivíduo e os do outro, assim como a resolução de nosso conflito fruto de nossa relação intersubjetiva deve objetivar o resultado capaz de provocar mudanças sociais – por menores que sejam, tornam-se grandes quando colocadas em uma sociedade.

Os meios necessários para dar voz ao cidadão ativo são precípuos para que o ser com capacidade plena de ponderação se reconheça no mundo, para que assim possa aplicar suas reflexões e ter em suas relações intersubjetivas sentido mais vívido de existência – que parece ter sido perdida, mesmo que se tenha uma Constituição que reafirme o sentido social. A existência somente vem à tona quando me reconheço como sujeito que transcende o ego, ou seja, sujeito reflexivo; com isso, posso reconhecer o outro também como sujeito reflexivo, para que se busque uma compreensão mais realista do evento, uma vez todos fazem parte de uma

grande malha mundana. Resgatar esse sujeito e esse sentimento de humanidade é fundamental para a adaptação existencial.

A onda renovatória imposta pelos efeitos da constitucionalização pelas normas fundamentais do processo civil¹¹⁹⁹ - demonstrando uma preocupação relevante aos princípios constitucionais. A correspondência¹²⁰⁰ do instrumento aos objetivos (assim formando-se a (co)relação) ou, melhor, entre a Constituição e seu próprio sistema se dá mediante as manifestações da jurisdição “*en su sistema de principios socio-políticos y técnicos, reconociése que el proceso refleja esta ideología, así deben tener una formulación amplia, aunque no vaga, con exposición dialéctica de sus pares correspondientes (por ejemplo, lo dispositivo y lo inquisitivo)*”¹²⁰¹.

¹¹⁹⁹Vale colacionar as considerações de Marco Felix Jobim, que: “O legislador, quando optou por elencar o capítulo I as normas que devem ser fundamentais a todo o processo civil, trabalhou bem ao textualizar algumas que já eram consenso na própria doutrina e os tribunais, que já estavam fazendo uso contínuo e prolongado dos seus conceitos, como o princípio da não surpresa, o princípio da paridade de armas. Na mesma linha identificou o texto já nos artigos à resolução de conflitos, elencando alguns deles, como arbitragem, a conciliação e a mediação e deixando em aberto o tema para que tantas outras formas possam vir a ser incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Também, foi salutar dar estímulo aos profissionais do Direito que utilizem essas técnicas. No que concerne a alguns princípios já conhecidos do processo constitucional, como o do acesso ao Poder Judiciário, do contraditório, da publicidade, da fundamentação das decisões, pouco fez de novo, apenas repetindo parte do texto constitucional, o que faz com que se pergunte se já não eram para ser seguidos independentemente de fazer parte do projeto ora em tramitação. Da mesma forma, ao elencar como um dos escopos do processo a promoção a dignidade, sendo ela fundamento do Estado Democrático de Direito? E a eficiência, já não era um norte a ser seguido pela leitura do *caput* do artigo 37 da CF? o da legalidade não era para ser observado? Se seguiu o princípio da administração pública, por qual razão a impessoalidade ficou fora do texto processual? Preocupa o Código projetado elencar a observação à proporcionalidade, a razoabilidade, atendendo o juiz ao aplicar o Direito aos fins sociais e às exigências do bem comum, tendo em vista que são ferramentas que não controlam, minimamente, a construção da decisão judicial se não tomados cuidados extras com o estudo do referido dispositivo. Não é feliz o legislador quando vai tentar dar densidade ao princípio da tempestividade do processo, conforme já relatado no corpo do artigo, isso em razão de que, em alguns casos, seriamente prejudicada a tempestividade na atividade satisfativa do processo. Para ilustrar melhor, uma execução de título executivo extrajudicial será sempre frustrada se o executado não tiver patrimônio a ser alvo de constrição judicial. Por fim, de aplausos a iniciativa de finalmente reger os julgamentos obedecendo a uma ordem cronológica e informar, pormenorizadamente, como ela deve ser. Note-se que a evidencia já existia previsão para tanto, de forma um pouco diferenciada, mas, elencando como normatividade fundamental, podem aqueles privilégios concedidos de forma desarrazoada, finalmente, estar perto do fim, o que somente ocorrerá com o controle do Poder Judiciário também, pela própria pessoa humana, alvo maior da prestação jurisdicional.” (JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto de novo Código de Processo Civil Brasileiro: repetições e inovações. In: RIBEIRO, Darci Guimaraes; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 54-55)

¹²⁰⁰Eres tú lo yo, y lo yo seres tú, así se hace lo que la lengua cercanía del existir en la esencia del ser en representación de su sentido que tiene contenido por su lengua temprana por la hermenéutica filosófica hace carne los verbos e los sustantivos de la moderna sociedad. (AROCA, Juan Montero. Los Principios Informadores del Proceso Civil en el Marco de la Constitución. In: **Revista Justicia**, n.º 4, 1982, Pp.5-40. P. 10)

¹²⁰¹Vasto estudo é desenvolvido por Víctor Fairen Guillen, apontando os autores: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Principios técnicos y políticos de una reforma procesal**. Conferencia dictada en la Universidad de Honduras el 25 de abril de 1949, Volumen 2 de Publicaciones de la Universidad de Honduras, Tegucigalpa. Honduras: López Editor, 1950; FERRÁNDIZ, Prieto-Castro. **Principios políticos y técnicos para una ley uniformé**. Informe presentado al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal. Madrid: Informe General, 1955. (GUILLEN, Víctor Fairen. **Bases uniformes de legislación procesal**. Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, junio de 1970. Disponível em <

No caben dudas que el derecho procesal, como fenómeno cultural, constituye producto exclusivo de hombre, siendo por consecuencia inevitablemente empulgado por el concepto, un tanto concerniente, es verdad, de libertad, por eso, el tejido interno del proceso se forma por la confluencia de ideas, proyectos sociales, utopias, intereses económicos, sociales, políticos y estrategias de poder vigentes en determinada sociedad con marcas específicas de tiempo y espacio.¹²⁰²

O ser-no-mundo reflete como ato proficuo de sua existência o Fenômeno Conflitológico de Interesses, que torna indissociável o encontro performático e *transdisciplinar* entre a Filosofia, Sociologia, Antropologia, Psicologia (etc) e o Processo. Com esse encontro natural da expressão do ser-no-mundo, pode-se dizer que a Democracia é *também* marcada pela perpétua reflexão dos sujeitos que a compõe, unidos pelo enlace linguístico. A Filosofia Hermenêutica apresenta como juízo reflexionante os fenômenos factíveis postos pela Filosofia política¹²⁰³, que coexistem juntas quando o sujeito encontra sua fonte de reflexão no processo, por meio do contraditório, conceito reformulado pela constitucionalização do *Processo*, assim como potencializada também pela cooperação, que juntos são capazes dar voz a uma Democracia Participativa¹²⁰⁴ e que possibilitam a realização prática da Filosofia por meio do debate dialético por via dos jogos de linguagem.¹²⁰⁵

file:///C:/Users/Gabriela/Downloads/Dialnet-BasesUniformesDeLegislacionProcesal-1957400.pdf> Acessado em 31/01/2018. P. 153-154)

¹²⁰²OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n.º 2, set. 2004. Pp. 131-163. P.131.

¹²⁰³O Princípio Político oportuniza o estudo da questão essencial da democracia, que é participação do cidadão, através do processo, para a realização de seu direito individual e social. Assim, entende-se aqui como político o poder da parte de atuar no centro das decisões do Estado. Neste campo é que se faz o debate do acesso facilitado ao judiciário, da potencialidade do processo ser instrumento para contestar ações e omissões dos poderes do Estado (inclusive do próprio Poder Judiciário). Em suma, é a abertura que o processo dá para que o cidadão tenha os meios processuais de atuar no centro decisório do Estado, pondo em questão e vendo discutida e decidida sua pretensão. Com efeito, em contraponto ao Estado centralizador das concepções individualistas, vive-se o enfoque de uma democracia participativa. (PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 31)

¹²⁰⁴A Democracia Participativa inicia com o debate entre os sujeitos de uma sociedade, tratando dos rumos e dos problemas enfrentados na *polis*. Numa ótica do Estado Moderno, este debate é arquitetado por pressupostos do iluminismo, que aplica a Democracia substantiva, que ocorre por via da representatividade com o fim do bem comum, que acaba por obstaculizar os anseios do viver em sociedade – ex: Homero e o canto das sereias – fazendo com que os indivíduos sejam seduzidos pela propulsão do Poder de um para todos.

¹²⁰⁵As subjetividades do cotidiano interpelam a gramática da vida que assim transformam-se em metáforas vivas disformes, pois expõe tais subjetividades distorções vividas pelo ser que se manifestam ao conflito, resulta disso o estudo do <Fenômeno Conflitológico de Interesses>, que se utiliza de elementos que possibilitam o desvelar que decanta as inautenticidades postos à mundanidade junto aos elementos que se mostram pela via da Dialética Processual Dialogal que tem como espaço vívido a linguagem; juntos, fazem com que o Processo torne-se o jogo reflexo-constutivo para compor e desvelar o litígio, é disso tem como garantia para um debate o contraditório constitucionalizado e a colaboração processual, sendo que ambos eliminam o aspecto saturado da jurisdição. Com a participação dos envolvidos para com o jogo, alimentando junto às diferenças do existir pela linguagem, existe a construção de uma democracia participativa que se comunica e reestabelece novos horizontes à Democracia Representativa, renovando o Direito e os seus paradigmas; ressignificando-o frente ao ritmo de vida que o existir expõe como via de possibilidade.

Posto que a Democracia necessita ser reformulada constantemente por via da dialética dos cidadãos¹²⁰⁶, a multiplicação de práticas democráticas é requerida, sendo elas institucionalizadas nas mais variadas relações sociais. Junto à democracia, o direito, por expressão do Processo Civil e como expressão do poder que o constitui, *merece ser atualizado* e dessaturado, pois o direito não é forma de vida; pelo contrário, a vida posta pelos fenômenos conflitológicos de interesse é o que forma seu nascedouro. Pelo que devidamente explanada, a hermenêutica filosófica junto às novas tendências processuais tem como tarefa: “...*comprender el sentido de las expresiones, acciones o acontecimientos, y decirlo de nuevo (decodificar el sentido y recodificarlo en otro lenguaje), hacerlo inteligible en un medio simbólico diferente de aquel en el que se constituyó originariamente como significante.*”¹²⁰⁷.

O Processo tem o efetivo caráter prático, sendo a autêntica expressão da hermenêutica dos fenômenos, pois é no seu desenrolar que os fenômenos conflitológicos de interesse - que possuem importante valor para as partes que o compõe no que toca ao bem viver - são analisados e as pretensões elucidadas na busca de um processo justo. Um projeto de processo e democracia que ouve e desmistifica as negatividades gerais que gravitam em torno dos termos multiplicidade, pluralidade e conflito, é o que fundamenta a existência de cidadãos ativos e reconhecem-nos como ser. O fenômeno conflitológico de interesses é a expressão do ser em sua existência - posta a panaceia de sua pré-compreensão do mundo, sua intencionalidade e suas concepções de afeto, que mudam radicalmente de um ser para o outro.¹²⁰⁸ Cada ação pode ser captada como conduta em interferência intersubjetiva ou como interferência subjetiva: ou a pessoa interfere no seu existir ou com os demais.¹²⁰⁹

¹²⁰⁶Es proceso es un concepto propio de la función judicial, pero se puede hablar de “procedimiento” también para las funciones legislativa y ejecutiva. Todas las veces que para llegar a un acto de declaración de voluntad del Estado (ya sea una ley, un decreto o una sentencia) se haya preestablecido por disposiciones expresas de carácter instrumental la forma y el orden cronológico de las diversas actividad que deben ser realizadas por las personas que cooperan en la creación del acto final, la sucesión dialéctica de estas operaciones, jurídicamente reguladas en vista de ese fin, constituye un “procedimiento”. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 50)

¹²⁰⁷DEZAN, Julio. **La ética, los derechos y la justicia**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004. P. 276.

¹²⁰⁸Él eleva – ubicándose en la corriente del pensar occidental – a una analítica existencial jurídica. Aparecen así agotadas en su captación la material y la forma del Derecho: Ontología y Lógica determinan el pre-saber jurídico y arriban al conocimiento reflexivo-dialéctico de su objeto. Sólo que tomados puramente en cuanto tales, los grados de aprehensión permanecían todavía, diríamos, demasiado lisos; los lados que se ofrecían al nuevo enfoque, todavía demasiado desplazables y oscilantes. De tal modo, a la intuición e ideación fenomenológicas siguió, con necesidades, la determinación categorial-ontológica del ser en su deber-ser. No se trata ya de un axioma postrero irreductible, dejado en su incuestionabilidad natural. El ser, experimentado desde adentro, mostraba su direccionalidad, su sentido en cuanto valor. El pensar ontológico daba luz, así, a una intelección puramente axiológica. Sólo con esto se cerraba el paso al antes así llamado relativismo metafísico. La libertad como fundamental, define a ésta como valiosa. Sólo a un ciego psicologismo del material jurídico podía aparecer indiferente y neutral el factum del ser humano. (COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944. P. 10)

¹²⁰⁹COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 81-82.

É na abstrata conduta do outro que reside o problema hermenêutico e são gerados os fenômenos conflitológicos de interesses, sendo este último indissociável da conduta jurídica, traduzida como intersubjetividade que constitui o direito e foi desenhado pelo “suporte fático” da estrutura normativa. Ressalta-se, que: “*El hombre es un animal hermenéutico, porque habla, y por eso mismo la filosofía hermenéutica re-encuentra la unidad del hombre consigo mismo y con el mundo.*”¹²¹⁰ Assim, negar-lhe o caráter de *conflicto* é também negar a subjetividade inerente ao ser e, conseqüentemente, dar-lhe caráter de massa no espaço político, o que anula o debate e retroage qualquer possibilidade de convivência social Democrática-Jurídica.¹²¹¹

O direito representa os dramas da vida humana, isso corresponde que o direito *também*, tal qual o mosaico humano, é puro ritmo de vida, em constância que se perfaz pelos diálogos e pelos não diálogos. Nasce de tal ritmo de vida a relevância de um direito que permeie os anseios do social no atual cenário, que supera a visão de um sujeito isolado, atomizado, de maneira que a constitucionalização do direito Processual forma um novo paradigma em termos de direito e da existência.

Como bem visto, o ser posto ao mundo transforma-se subjetivamente quando transcende via interações intersubjetivas que são aportadas por sua linguagem. Frente a esses fenômenos, o direito revela os aspectos extraídos fenomenologicamente pela via hermenêutica que mostram correlação com a atualidade, apresentando novas tendências e maneiras para a solução dos fenômenos conflituais. Portanto, a cidadania com viés participativo na construção do Estado ativo responsivo¹²¹², cuja voz é exercida por via do Poder Judiciário, busca assegurar o espírito

¹²¹⁰D'AGOSTINO, Francesco. **Interpretación y Hermenéutica**. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acesso em 16 out. 2016. P. 43-44.

¹²¹¹Contrariamente, si nos percibimos con nuestra personalidad e individualidad, formando parte de un entorno natural y social, nuestra actitud será de cooperación y no de competencia contra los que consideramos enemigos o adversarios. La mente, los pensamientos, pueden generar las realidades que imaginemos. Los pensamientos provocan «certitudes», angustias y convicciones que generan actitudes y comportamientos relacionados con lo que hemos imaginado. Desde argumentos pretendidamente racionales hasta inspiraciones filosóficas que, de hecho no son más que pensamientos. Este es una cuestión importante ya que tenemos la certeza que controlamos los pensamientos, que los pensamientos nos muestran la realidad tal como es, [...]. Cuando seguramente no es así. Y, sobre todo, la importancia de lo que pensamos en la construcción de una realidad que nos puede ser positiva o negativa, pacífica o tremendamente violenta. (VINYAMATA, Eduard. *Conflictología*. **Revista de Paz y Conflictos**, vol. 8, n. 1, Pp. 9-24. P. 17-18)

¹²¹² O povo ativo elege seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislaufl] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado *estrutura de legitimação* [...]. É verdade que o ciclo de legitimação não foi interrompido a esta altura de forma não democrática, mas foi interrompido. Parece ser plausível nesse caso ver o papel do povo de outra maneira, como *instância global de atribuição* de legitimidade democrática. É nesse sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais “em nome do povo”. (MULLER, Friederich. **Quem é o povo**: A questão fundamental da Democracia. 3. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. P. 60)

do cidadão ativo pelos meios processuais aptos para esse exercício; é a expressão de um direito que caminha para uma governabilidade marcada pela constante redefinição e reformulação e que, desta maneira, impõe limites ao uso do poder por parte do próprio Estado. Assim, o Estado de direito caminha na direção do *Direito ao Poder* e não, conforme Kelsen postulava, de um *Poder que ia em direção ao Direito*¹²¹³. Aqui, a cidadania é exercida na medida em que o cidadão ativo cobra do Estado seu direito, exercendo papel pró-ativo na tomada das decisões que concernem à estrutura organizativa e coexistencial. Não existe Democracia sem essa “quebra” entre o Estado e o Poder, e uma maneira prática de ela ser exercida é no âmbito do Processo. No caminho que busca a reafirmação do cidadão frente ao Estado Democrático de Direito demonstram-se possíveis soluções para que efetivamente veja-se o desenrolar e a aplicação de um Processo cingido pela epistemologia Constitucional.

O processo evidencia as necessidades humanas debatidas dialeticamente. As orientações do sentido humano são reveladas pela linguagem que denota os verbos que se fazem carne, assim o conflito deve ser visto de forma positiva frente aos enlaces de uma sociedade conturbada voltada aos devaneios do Eu sublimado em um subjetivismo de vontades por deveras irrealizáveis. As orientações não alcançam as vitimizações da dramaticidade humana, pois os retratos terão como cenário um processo que lhes dá *cores* em profanações hermenêuticas, partes singulares e ao mesmo tempo plurais dissolvessem em uma linda panaceia linguística dialética, dialética que se faz pelo diálogo; sendo que este se faz carne frente linguagens vividas e translucidas pela historicidade¹²¹⁴ e pela tradição, simulacro este a ser desvelado pela *ephoché*, descascando o fenômeno e os fenômenos fáticos com uma hermenêutica filosófica que é tão sublime quanto as subjetividades do ser.

¹²¹³ WARAT, Luis Carlos Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Florianópolis: Boiteux, 2004. P. 414-415.

¹²¹⁴ Todos os juízos sobre o valor da vida se desenvolveram illogicamente, e portanto são injustos. A inexactidão do juízo está primeiramente no modo como se apresenta o material, isto é, muito incompleto, em segundo lugar no modo como se chega à soma a partir dele, e em terceiro lugar no fato de que cada pedaço do material também resulta de um conhecimento inexato, e isto com absoluta necessidade. Por exemplo, nenhuma experiência relativa a alguém, ainda que ele esteja muito próximo de nós, pode ser completa a ponto de termos um direito lógico a uma avaliação total dessa pessoa; todas as avaliações são precipitadas e têm que sê-lo. Por fim, a medida com que medimos, nosso próprio ser, não é uma grandeza imutável, temos disposições e oscilações, e no entanto teríamos de conhecer a nós mesmos como uma medida fixa, a fim de avaliar com justiça a relação de qualquer coisa conosco. A consequência disso tudo seria, talvez, que de modo algum deveríamos julgar; mas se ao menos pudéssemos viver sem avaliar, sem ter aversão e inclinação! — pois toda aversão está ligada a uma avaliação, e igualmente toda inclinação. Um impulso em direção ou para longe de algo, sem o sentimento de querer o que é proveitoso ou se esquivar do que é nocivo, um impulso sem uma espécie de avaliação cognitiva sobre o valor do objetivo, não existe no homem. De antemão somos seres ilógicos e por isso injustos, e capazes de reconhecer isto: eis uma das maiores e mais insolúveis desarmonias da existência. (NIETZSCHE, Friedrich. **Humano Demasiado Humano**: um livro para espíritos livres. Companhia de Bolso. P. 23-24)

O <jogo de linguagem>¹²¹⁵ necessária para a construção da Cidadania do Estado Democrático de Direito Moderno reconhece que o espírito do cidadão ativo não é passivo e que não absorve todo o direito que lhe entornado, pois tais regras não são capazes de lograr uma finalidade comum - pois não existe mais um *bem comum* que possa ser substancializado no seio social complexo - passando o Estado a perde força e, conseqüentemente, por muitos meios, é induzido a exercer poder em formatos que remetem aos arcaicos modelos de governo, com o fim de não perder sua representatividade.¹²¹⁶ O processo apresenta-se como possibilidade de remodelação dessas exasperações.

¹²¹⁵El primado del juego frente a los jugadores que lo realizan es experimentado por éstos de una manera muy especial allí donde se trata de una subjetividad humana que se comporta lúdicamente. También, en este caso resultan doblemente iluminadoras las aplicaciones inauténticas de la palabra respecto a su verdadera esencia. Por ejemplo, decimos de alguien que juega con las posibilidades o con planes. Y lo que queremos decir en estos casos es muy claro. Queremos decir que el individuo en cuestión todavía no se ha fijado a estas posibilidades como a objetivos realmente serios. Retiene la libertad de decidirse por esto o por aquello. Pero por otra parte esta libertad no carece de riesgos. El juego mismo siempre es un riesgo para el jugador. Sólo se puede jugar con posibilidades serias. Y esto significa evidentemente que uno entra en ellas hasta el punto de que ellas superan a uno e incluso puede llegar a imponérselo. La fascinación que ejerce el juego sobre el jugador estriba precisamente en este riesgo. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. P. 148-149)

¹²¹⁶Desde el punto de vista pragmático de la gobernanza social, el reto está en coordinar los más diversos actos y proyectos del mayor número de actores; en el plano ético, el reto de esta inclusión generalizada es el reconocimiento de la individualidad (y, por tanto, de la dignidad) del mayor número de personas. Estas exigencias han pasado a ser todavía más imperativas hoy que ayer y ello en la medida en que los desafíos a los que hacen frente nuestras sociedades se presentan bajo la forma de problemas «indivisibles» o incluso «indeterminados»[...] El Derecho toma aquí el relevo del lenguaje ordinario en su rol de traductor generalizado traduciendo a su lenguaje normativo propio los mensajes del mundo vivido y en dirección a los subsistemas especializados. Haciendo esto «el Derecho funciona en algún sentido como un transformador que impide que se rasgue el tejido de la comunicación a escala del conjunto de la sociedad». ¿Podría suceder entonces que en el cruce de las diferentes «ciudades» (en el sentido de Boltanski y de Thévenot) el Derecho desarrolle compromisos susceptibles de superar sus principios sectoriales? Nuestros autores no niegan esto, pero se muestran escépticos en relación con compromisos que «renuncien a clarificar el principio del acuerdo» y que se muestren frágiles al aparecer como «mecanismos sin fundamento» en la medida en que «no existe ciudad alguna de rango superior en la que mundos incompatibles, unidos en un compromiso, puedan converger». Sin embargo, Boltanski vino a modificar su posición de manera significativa diez años más tarde, afirmando esta vez que «el Derecho es la esfera o lugar mismo del compromiso pues no está inscrito en una ciudad específica, conserva el registro de las diferentes definiciones legítimas del bien común, es llevado sin cesar a remodelarlas reduciendo así las tensiones entre las exigencias heterogéneas que componen su trama» —en efecto, no podría ser dicho de mejor manera—. Se entiende entonces que los arbitrajes y los compromisos construidos por el Derecho no deben verse como si fueran una suerte de mediocre instrumento que, finalmente, no dejaría de ser reduccionista. Las concesiones impuestas, lejos de recortar los intereses presentes, son de una naturaleza tal que generan una dimensión que trasciende a todos, los sobrepasa y los reafirma al mismo tiempo: esa es la dimensión del interés general, o el bien común.[...] Mientras que la voluntad de todos no representa más que la suma o la media de las voluntades individuales, la voluntad general implica la superación o la transformación de estas voluntades individuales; cambiando de nivel pasan a ser del todo —el todo de la ciudad que, al tiempo, supera e integra—. En la medida en que tiene éxito esta «autosuperación», el soberano aparece al tiempo como interno y externo a cada sujeto (algo que explica que en el contrato social cada uno contrate también consigo mismo), y la obediencia al Derecho pasa a ser una manifestación de libertad. Estamos entonces a cien leguas de un moralismo complaciente con el bien común; se trata de una condición de posibilidad: sin esta construcción social en dos niveles, sin este desdoblamiento y esta referencia a un tercero, no hay sociedad política («ciudad»), sino un simple agregado destinado a perseguir fines particulares. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017.P. 40-42)

Aos espíritos dos cidadãos ativos devem ser reconhecidas às ferramentas para que elejam seus próprios bens, que muitas vezes divergirão da moral social, mas que representam sua subjetividade de forma sublime. A afirmação do sujeito de forma plena pelo espírito do cidadão ativo apresenta-se como resposta eficiente para balancear os Poderes do Estado, “*quem pode escutar a si mesmo começa a sentir-se cidadão*”¹²¹⁷:

A afirmação do singular e em seguida as condições de criações coletivas, interpessoais ou verdadeiramente sociais, que dizem respeito a essa afirmação. **O sujeito não está no cerne do eu.** Para que ele exista, é necessário haver conflitualidade e individuação, depois reconhecimento do outro como sujeito e a criação de um espaço institucional democrático, espaço de direitos e garantias. O sujeito define-se como a reivindicação pelo indivíduo ou grupo de seu direito de ser um ator singular; essa finalidade não é porém, dada diretamente no princípio, ela só vai constituir pela conflitualidade e pela instituição de instituições que garantam os direitos de todos.¹²¹⁸ (g.n)

A proposta, assim, é a *circularidade construtiva do diálogo-dialético* por via de um jogo de linguagem de *perguntas e respostas* para que coexistam pacificamente a Democracia Participativa e a Representativa, com o fim de desconstruir os efeitos negativos uma da outra. Dessa forma, tem-se como foco defender e tracejar a relação entre o Novo Código de Processo Civil e a Democracia Participativa como reafirmação do Sujeito Reflexivo por via das novas possibilidades Processuais.

La verdadera tarea es promover la lealtad a nuestras instituciones democráticas y el mejor modo de hacerlo no es demostrando que ellas serían elegidas por actores racionales «bajo el velo de la ignorancia» o en un «diálogo neutral», sino creando fuertes formas de «identificación» con ellas. Esto debería ser llevado a cabo desarrollando y multiplicando los discursos, **las prácticas, los «juegos de lenguaje» que constituyen «posiciones subjetivas» democráticas, en tantas relaciones sociales como sea posible.** El objetivo es establecer la hegemonía de los valores y prácticas democráticas.¹²¹⁹ (g.n)

Em uma visão paradigmática do Processo Constitucional, unido a uma visão Dialética Processual Dialogal do fenômeno conflitológico de interesses. Observa-se que é possível por via processual manter a instância política atualizada pelo debate travado pelos sujeitos que

¹²¹⁷Intuo que a madeixa que contém a resposta pode começar a desvenedar-se dizendo que o direito se humaniza e a identidade jurídica volta a se solidificar, reconstruir em uma totalidade complexa seus fragmentos, apostando na realização de um processo de “cidadanização do jurídico”. Entendo por tal, os mecanismos que permitam realizar concreta e historicamente práticas moleculares de fluxos esquizofrênicos (Guatarri) que permitam aos excluídos construir o espaço político de sua identidade, de suas emoções e de seus afetos. (WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P.17)

¹²¹⁸TOURRAINE, Alain; KHOSROKHAVAR, Farhad. **A Busca de Si: Diálogo sobre o sujeito**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. P.141.

¹²¹⁹MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político: Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical**. Barcelona: Paidós, 1995. P. 257.

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.

O Processo unido à Constituição é imbuído de garantias processuais, apresentando-se estas como exigências democráticas construindo-se um processo que perpassa e reformule seus objetivos e finalidades estimulando pela sociedade complexas altamente conflitantes. A reformulação do processo exige que os juízes saiam de sua neutralidade para se transformarem em protagonistas, vestindo a roupagem de sujeito processual: *“institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto da solução dos conflitos individuais como dos conflitos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório.”*¹²²⁰

O contraditório como centro da democracia participativa no processo se produz adequadamente dentro de um regime democrático em pleno *“movimiento, en continuo esfuerzo de superación, un sistema dinámico animado por el perdurable estímulo de mejorarse y de superar al adversario en la bondad de los programas y su eficacia persuasiva.”*¹²²¹

Assim ocorre o desvelamento do fenômeno com a dialética dialogal construída pelo jogo processual dado pela linguagem das partes. Ocorre assim o efeito da democratização processual, pois o poder dimensionado politicamente a jurisdição pela função jurisdicional ganha com o contexto fenômeno espaço de fala exasperadora de uma ontologia fundamental o Processo, pois os cidadãos ativos adquirem junto a administração judicial (ou, função processual) um sem número de garantias constitucionais protetivas de seus direitos somado a democracia em seu exercício frente a atuação processual, aí o processo passa a politizar-se e redimensionar os efeitos jurisdicionais até então voltados a politização da jurisdição que volta-se ao Processo.

O Contraditório pelo Paradigma Científico da Complexidade pode alcançar essa verdade na medida em que vigora no processo a dialética que constrói e não somente um

¹²²⁰PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 95-96.

¹²²¹CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. P. 156.

caminhar de método que desembocam no vazio processual¹²²², superando assim a ideia clássica de contraditório¹²²³.

A criação do direito pela via judicial encontra no Processo o desvelar do fenômeno e a sua compreensão hermenêutica junto ao debate propiciado entre as partes em par de igualdade¹²²⁴, assim o princípio dispositivo deve ser visto como superador do sistema inquisitorial aberto esse a filosofia da consciência, devendo o juiz julgar o caso-problema pelo desocultamento do fenômeno que chegará a essência. O discurso jurídico reconstrói-se constantemente mesclando elementos de caráter interno – conteúdo das normas - e de caráter externo – concepções políticas: o processo de reconstrução dá-se processualmente, havendo necessariamente uma interferência política na atividade jurisdicional.¹²²⁵

A razão tão indolente quanto o *logos*, tão agressiva quanto à incompreensão humana, faz de si a resposta das compreensões, e como em um golpe sorrateiro aporta seu simulacro junto à Democracia Representativa; Democracia que não representa, mas que sim silencia, para

¹²²²El objetivo de la dialéctica es eminentemente fenomenológico que el ser o la cosa con la que nos encontramos Se nos revele. El método implica un determinado tipo de Cuestionamiento que expone un aspecto de una cosa. Una hermenéutica dialéctica se expone a ser interrogada por el ser de la cosa, de tal forma que la cosa encontrada pueda revelarse en su ser. (PALMER, Richard. E. **¿Qué es lá Hemenéutica?**. Madrid: Arco, 2002. p. 236-237)

¹²²³Podemos falar, de novo de um princípio do contraditório; mas, com a expressão “princípio” aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais dos ordenamentos positivos. O princípio do contraditório representa, acima de tudo, uma daquelas regulae iuris recolhidas no último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a interpretativo baseada sobre a equidade.¹²²³ Estamos, com toda a probabilidade, nas matrizes da noção do “justo processo”. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. São Paulo: Editora Forense, 2000. P.142)

¹²²⁴Esta primera reversibilidad dialéctica acarrea una segunda, igualmente esencial: aun siendo factor de orden, de paz y de seguridad, el Derecho es también, y en la misma medida, factor de protesta, de impugnación, y de conflicto. Tal y como observa J. Freund, si bien el Derecho es «solución de conflictos» es, de forma muy frecuente, «el motivo» de los mismos, de manera que es preciso reconocerle tanto funciones «polemogénicas» como «irenológicas». Sin duda, al actuar haciendo oficial un determinado estado de las relaciones sociales, la regla jurídica pacifica un estado de cosas imponiendo una suerte de tregua ante la afrenta constante que suponen las relaciones de fuerza e interés; pero, por otra parte, al hacer visible el conflicto del que emana y darles a los protagonistas instituciones y procedimientos para su preservación o su mejora acaba por instaurar con ello una «paz armada». Bajo un régimen jurídico, la paz que caracteriza una sociedad no significa ausencia de conflictos, sino más bien el establecimiento de mecanismos susceptibles de resolverlos pacíficamente: un estado «agonal», «civil» en cuyo seno se hacen valer unas reglas del juego que son las que presiden la confrontación entre los protagonistas. «Paz armada», el oxímoron traduce bien la paradoja dialéctica del Derecho: un Derecho del que nadie puede apoderarse por completo, y que trae siempre consigo orden y seguridad. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P. 21-22)

¹²²⁵Desde mi comprensión del derecho, considero que el discurso jurídico se reconstruye constantemente mezclando elementos de carácter interno (el contenido de las normas) y de carácter externo (las concepciones políticas). El proceso de reconstrucción es básicamente el mismo tanto en el momento de creación del derecho como en el momento de aplicación de las normas. Otra cosa es que el elemento interno pueda constreñir más al operador jurídico cuando aplica el derecho que cuando lo crea, ya que en la creación el elemento externo tiene, en principio, un mayor margen⁴⁰. Por ello, quiero poner de manifiesto que las visiones del mundo, las concepciones políticas de los operadores jurídicos, juegan un papel fundamental en la interpretación normativa. Esta es una cuestión que el discurso jurídico dominante oculta tras la distinción entre argumentación de *lege lata* y de *lege ferenda*, tras la distinción entre derecho y política. (MELERO

ALONSO, Eduardo. La dogmática jurídica es política: La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas, un acercamiento desde el derecho público. **Revista Jurídica**, n.º9, 2003, Madrid, Pp.235-263)

superar tal dissídio tem-se como desiderato enfrentar tal indolência com a democracia participativa junto à construção de um Processo que evidencia as necessidades humanas.

A democracia possibilita para o conjunto da sociedade uma dinâmica especial que garante o exercício da liberdade, simbolizada na discussão pública como condição indispensável para todo o seu processo de organização. O debate público envolve as pessoas, avalia interesses, torna explícitas escolhas e, de forma integrada, dinamiza o conjunto das relações sociais.¹²²⁶

A missão atual do processo judicial, faz com que se transcenda tudo que lhe parece tê-lo legitimado como instrumento notadamente jurídico, tomando mais que isso a legitimação político-jurídica, desenterrando este daquela realidade em que habitava, desde sua formulação inicial em que era visto como mero instrumento de resolução de conflito, na atualidade o Estado demonstra evoluir aceleradamente desde seu âmago até mesmo influenciando na reformulação de suas instituições e da sociedade. Tanto a sociedade quanto as instituições foram submetidas a uma erosão submetida pelo pós-guerra surgindo as Constituições Democráticas submetendo-se a uma sua nova conjectura.

O Estado-juiz é a responsável por decisões de impacto imediato e direto sobre a vida dos cidadãos comuns. Precisamos, esperamos e, de forma heroica, recebemos altos padrões de intelecto, compromisso e humanidade aplicados às decisões judiciais. Ocorre que nos níveis mais baixos - onde as disputas, problemas e direitos dos cidadãos menos poderosos, com menos recursos e menos conhecedores são determinados - as pressões e o peso da prestação desse serviço exigem um tipo diferente de energia e são sob um tipo diferente de tensão, o que faz

¹²²⁶ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen**. Liberdade, Justiça e Desenvolvimento Sustentável. Passo Fundo: Imed, 2012. P. 207.

com que se avalie de que formas pode o processo pode atuar.¹²²⁷ Torna-se, ressalta, local para que os que não *tem parcela*¹²²⁸ (Ranci r ) serem ouvidos:

¹²²⁷At all levels in the hierarchy, judges are responsible for decisions of immediate and direct impact on the lives of ordinary citizens. We need, expect and oft en heroically receive high standards of intellect, commitment and humanity applied to judicial decisions. But I would argue that at the lower levels – where the disputes, troubles and rights of the less powerful, less well resourced and less knowledgeable citizens are determined – the pressures and burden of delivering that service require a different kind of effort and are under a different kind of strain. Our lack of understanding of the reality of judicial work, both at the higher levels and in the trenches, limits our ability to specify more precisely what it takes to be a good judge – other than that we know that we need them to be very good. But it would be helpful to have a more detailed understanding of the role of the judge in the real world and, in selecting on merit, to have greater clarity about what it is that we need judges to be able to do well and how we go about collecting evidence about their ability to do that. A better understanding of the reality of judges’ work would assist in articulating with greater precision the critical skills, attitudes and values that constitute excellence in the judicial role, not only from the perception of fellow judges or the profession (the natural ‘audience’ for the judiciary) but from the perspective of private citizens and business disputants who choose to bring their cases to the courts for determination. We might learn what judicial styles are most effective in promoting confidence and perceptions of fairness. This is important for the authority and legitimacy of the judiciary. Studying how justice is done might reveal areas of strain within the court system. If corrosion of public confidence is a genuine threat (about which we have no idea), it would assist in shoring up those areas of activity that would best halt decline in confidence or promote renewed confidence. We might also ask ourselves whether the reduction in the issue of proceedings and trials, and the drift into private dispute resolution, is, in fact, a socially positive development – a healthy sign of early settlement, or an unhealthy sign of diminishing confidence in the courts. Finally, with growing numbers of applicants for judicial office, it is even more important to understand the skills necessary for outstanding performance. In a profession where appointment effectively means appointment for life, are we clear enough about who the supreme exponents of professional judging are? Would we be able to describe in detail, to analyse those characteristics and thus refine our selection processes? The Judicial Appointments Commission is responsible for making appointments of critical social and constitutional importance. It is recruiting to the third arm of government – not by election but by selection. The JAC therefore acts on behalf of society, not government. It is identifying those who will enjoy life tenure, good remuneration and freedom from interference. (GENN, Hazel. **Judging Civil Justice**. Cambridge, New York, 2010. P. 172 e segs.)

¹²²⁸Sul tavolo della giustizia c’  e si spende la pelle dell’uomo. Non un’idea, non un’emozione, non un pacchetto di teorie filosofiche, sociologiche o giuridiche. Solo e soltanto la pelle dell’uomo. Il suo destino, il suo passato e il suo futuro. Il destino di tutti quegli uomini che in qualche misura sono coinvolti sul tavolo della giustizia, da attori, da comprimari o da semplici comparse. Ma soprattutto il destino dei pi  deboli. Perch , senza volersi nascondere dietro un dito, la giustizia incide pi  sui deboli che sui forti e ai deboli incute timore pi  che ai forti, pi  ai poveri che ai ricchi. Proprio perch  la giustizia non   un’idea, non   un’emozione, non   una sensazione da condividere o da combattere ma   qualcosa di reale, terribilmente reale e concreta,   un’impronta lasciata sulla pelle di chi l’ha provata e la prova,   un marchio indelebile che si imprime pi  incisivamente su chi ad essa non pu  o non sa sfuggire. Quindi la giustizia da voglia di tutti, voglia che sia “giusta”, “perfetta”, “efficace”, “equanime” diventa una realt  concreta per pochi o per molti, ma non per tutti indistintamente, ma solo per coloro che della giustizia partecipano direttamente. Da un’invocazione indeterminata e generica diventa, allora, un grido distinguibile e qualificato da un nome e da un cognome, un grido personalizzato; una voce specifica e inconfondibile, da riferire a questo o a quell’uomo singolarmente. Ma oltre questo non potevamo trascurare temi a noi pi  sentitamente cari, quali il rapporto tra giustizia e potere, e quello, intimamente connesso, della rappresentativit  sociale della giustizia; chiedendoci, cio , che grado di riferibilit  pu  avere, e in concreto ha, una decisione giudiziaria, e pi  in generale la giustizia, in riferimento all’applicazione di una norma giuridica (“legge”, se si vuole) che ha s , sotto il profilo strettamente formale, una valenza generale ed astratta (come negarlo?) ma sotto quello pi  strettamente sociologico ha una valenza pi  ristretta, che lascia trasparire in controtuce, e chiaramente, la riferibilit  sociale ad un determinato gruppo o a **determinati gruppi sociali**. Non crediamo possa esserci chi voglia negare che la norma giuridica al di l  che essere una previsione generale ed astratta   una previsione specifica e concreta per la regolazione sociale ed economica di fattispecie sociali specifiche e individuabili. Se cos    il punto focale non   per noi quello di puntualizzare il ruolo politico della magistratura, che pure non disconosciamo, quanto quello di verificare e discutere il rapporto tra la norma (meglio “la legge”), il giudice e il soggetto che in concreto   investito dalla decisione e dalla norma. (BILOTTA, Bruno M. **Forme di Giustizia tra Mutamento e Conflitto Sociale**. Milano: Giuffrè, 2008. P. 12-13)

La arena judicial se ha convertido así en un lugar donde sujetos, de otro modo excluidos de los tradicionales lugares institucionales, consiguen hacer oír su voz. Por consiguiente, un canal para la representación política, con un innegable enriquecimiento del proceso democrático en su conjunto. [...] Ante la magistratura se han llevado conflictos que no tenían acceso a otras sedes institucionales. Sin embargo, no se puede decir que ésta haya sido una actividad impropia o incluso ilegítima, porque en la mayor parte de los casos, se atribuía relevancia a derechos, intereses, necesidades, sujetos que ya habían adquirido relevancia en el cuadro constitucional o, incluso, habían obtenido un reconocimiento formal por parte del legislador.¹²²⁹

A atual missão do processo eclode diretamente com a evolução-transformação de seu conceito tradicional^{1230,1231} que fora imposto quando da sua Cientificação por Bulow, renovando-se sua dimensão e significado que transcende do que usualmente lhe é atribuído. Com a Constitucionalização do Processo o mesmo dentro do ordenamento jurídico passa a ser um *instrumento através do qual o poder é exercido*, tanto pelo indivíduo, sociedade e Estado, implicando mais que naturalmente em uma forma de equilíbrio de interesses públicos, privados e sociais¹²³², demonstra assim ser revolucionário. Resta claro a superação das teorias que delimitam o Processo como instrumento¹²³³ jurisdiccional ou como mera relação jurídica¹²³⁴, resignificando pela visão do Estado Responsivo.

¹²²⁹RODOTÀ, Stefano. **Repertorio di fine di Secolo**. Roma: Laterza, 1992. P.173-174

¹²³⁰En su acepción común, el vocablo "proceso" significa progreso, trascurso del tiempo, acción de ir hacia adelante, desenvolvimiento. En sí mismo, todo proceso es una secuencia. Desde este punto de vista, el proceso jurídico es un cúmulo de actos, su orden temporal, su dinámica la forma de desenvolverse. De la misma manera que un proceso físico, químico, biológico, intelectual, todo proceso jurídico se desenvuelve, avanza hacia su fin y concluye. Podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. P. 122-123)

¹²³¹O direito é uma espécie de árvore, que o jurista cultiva, dando-lhe imprimir feição simétrico e mais humanamente artístico. A lei que se interpola, inoportunamente, num corpo jurídico, ou a instituição que se enclausura na política de um Estado, é lei frágil, falsa, imponente, porque sem raízes: desaparece quando se lhe cessa o poder de proibição e a energia impertinente de dever imposto. A evolução do direito é uma verdadeira evolução criadora: aí estão o direito inglês, palpitando na mole imensa de suas tradições conglobadas, e a orte suprema, nos Estados Unidos, com os arestos judiciais, sobrejuntando à Constituição todo um corpo novo, imprevisto, mais acentuado, mais desenvolvido, mais prático, mais natural, de práticas e tendências...O costume é a forma conservadora da imitação, o gérmen de uma espécie, ao passo que as leis, são os indivíduos, como esses subordinador a transformações, representando, em seu desenvolvimento, os vários estados característicos da evolução social. (MIRANDA, Pontes de. **À Margem do Direito**: ensaio de Psicologia Jurídica. Campinas: Bookseller, 1912. P. 88-89)

¹²³²BERLOLMO, Pedro, **El Derecho al Proceso Judicial**. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2003. P. 26.

¹²³³Tradicionalmente, vê-se a instrumentalidade do processo pelo seu **aspecto negativo**, ou seja, mediante a afirmação de que o processo é "mero" instrumento do direito substancial. (DINAMARCO, Cândido R. **Escopos Políticos do Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 116)

¹²³⁴Proceso como relação jurídica para Couture, que: Examinada esa unidad en sí misma, para poderla definir a través de su carácter esencial, de su contenido íntimo, se advierte que ella es una relación jurídica. Por relación jurídica se entiende el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto del derecho y el sujeto del deber. La relación jurídica procesal consiste en el conflicto de ligámenes, de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. P. 123)

Dotado de força normativa constitucional-democrática, o processo, adquire especial relevância diante da atual Teoria do Direito, rearticulando-se em seu “*próprio significado e la própria validità soltanto in quanto si possa comprendere ed attuare l’esperienza del giudizio processuale*.”¹²³⁵ Nesta senda, o direito como valor positivo na experiência concreta: é uma forma de vontade humana¹²³⁶ que é expressada pelo ordenamento jurídico encontra como predicado de sua própria existência o de efetuar-se sempre e em todo o momento na vida social¹²³⁷ individual ou coletiva por meio do processo.

O processo é mais do que um instrumento jurídico, é um fenômeno social sobre o qual influem, necessariamente, as condições sociais, econômicas, políticas e culturais do contexto em que se desenvolve, dado os aspectos político e social catalisador das complexidades sociais¹²³⁸.¹²³⁹

¹²³⁵Il diritto fala sua apparizione soltanto nel momento del giudizio, quando cioè sorge l’esigenza di valutare l’azione che s’è compiuta, e di affermare in ordine ad essa l’ordinamento, nel momento cioè della giurisdizione, o, per esprimersi con il legislatore o col linguaggio comune, della giustizia. L’ordinamento, in altri termini, si identifica col giudizio. (SATTA, Salvatore. Giurisdizione (nozioni generali). **Enciclopedia del Diritto**, XIX, Giuffrè, Milano, 1970. P. 223)

¹²³⁶STAMMELER, R. **Teorias del Derecho y del Estado**. Barcelona: General Editora, 1941. P. 58.

¹²³⁷Una sencilla observación empírica demuestra que en todas las sociedades suelen haber ciertas personas ante las cuales se plantean problemas jurídicos, problemas relacionados con la efectividad de las reglas de Derecho que rigen la vida familiar, civil, comercial, laboral, etc., de la correspondiente comunidad, y que esas selectas personas tienen la particularidad de que frente al problema suelen formular una conclusión (veredicto, fallo, laudo, sentencia), que es la “última palabra” al respecto y que debe ser acatada -y normalmente lo es- por todos (incluso el Estado). y bien, la actividad que se desarrolla en orden a este veredicto, fallo, laudo o sentencia, se identifica -en términos muy genéricos- con la expresión “proceso jurisdiccional”. La importancia que este proceso jurisdiccional adquiere no solamente en la Teoría del Derecho sino en la misma vida social, se advierte fácilmente en cuanto se tiene presente que tan sólo en nuestro país existen al redor de quinientos órganos del Estado ante los cuales se desarrollan tales procesos (además de inúmeros tribunales arbitrales), y que ante cada uno de dichos órganos (cuando se trata de órganos del Estado) se llevan a cabo -simultáneamente- varios cientos (y a veces miles) de procesos. Es que de esos procesos jurisdiccionales depende en última instancia la vigencia de todo el ordenamiento jurídico que la comunidad en cuestión se ha dado, y es a ellos que acuden todas las personas que entienden que se encuentran afectadas por la falta de correlación entre lo que las normas jurídicas dicen que debe ser y lo que ocurre en la realidad de la vida. (OLIU, Alejandro Abal. **Derecho Procesal**. Tomo I. Segunda Edición, Revisada Y Actualizada. Uruguay: Fundación De Cultura Universitaria, 2001. P. 11)

¹²³⁸La sociedad moderna se caracteriza cada vez más por la diversidad de sus componentes. Representantes de los más distintos intereses étnicos, políticos, económicos, culturales, religiosos, nacionales, etc., conviven en las grandes ciudades, fenómeno éste que tiende hacia la formación de la ciudad universal. La convergencia de esos componentes sociales ante los tribunales de justicia representa un desafío para el sistema de comunicación procesal, el cual se ve compelido a armonizar los distintos universos significativos y constelaciones de valor de que aquellos son portadores en los canales comunes de diálogo que representan los diversos procedimientos judiciales. (SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. **Proceso, Democracia y Humanización**. Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: “Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich”, dirigido por los profesores Dr. Peter Guilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992. Disponible em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/rivero13.htm>>. Acessado em: 31/01/2018)

¹²³⁹[...] cumple misión jurídica (como instrumento para la realización del derecho objetivo en caso de litigio), política (como garantía del justiciable y, a fin de cuentas, de la libertad) y social (al contribuir a la pacífica convivencia de los habitantes de un Estado y a equilibrar sus fuerzas en la empresa de obtener justicia), no es, sin embargo, un remedio mágico que sirva para todo e del que quepa esperar milagros. Al contrario, el proceso, que es no ya útil, sino indispensable e insustituible dentro de determinados límites, o sea de aquellos que son consubstanciales con su función peculiar, resulta inútil, perturbador y hasta peligroso cuando, por cualquier causa,

Y en un mundo en el que las relaciones sociales y económicas se hacen cada vez más complejas. Por esta razón, hemos considerado conveniente insistir sobre sus aspectos político y social.¹²⁴⁰

Neste norte, o Processo, se constitui no mais valoroso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade, pois ele encontra-se¹²⁴¹ justificando no ordenamento jurídico constitucional-democrático de um Estado Ativo Responsivo, arquitetando-se em uma auspiciosa e complexa engrenagem carregada de *particularidades* e de *universalidade* dimensionadas como uma grande realização que “*consigue, por encima del querer del particular y por encima del querer del Estado dentro del propio proceso*”¹²⁴².

O processo frente ao Estado Ativo e Responsivo passa a auferir um duplo espectro de atuação: *a)* manter sua dimensão formal; e, *b)* incorporar uma nova dimensão material, que se dá acertada com os mais altos desígnios da verdadeira democracia.^{1243,1244} A epistemologia hermenêutica fenomenológica tenta superar essas afirmações de certeza dedutivas e indutivas¹²⁴⁵ que ocorrem na formação da jurisdição e do Processo na atualidade. A lógica racional¹²⁴⁶ e a lógica formal ainda exercem influência ampla no *thema decidendum* e no *thema*

se le hace traspasar sus fronteras naturales. (ALCOLA-ZAMORA, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: UNAM, 1991. P. 233-234)

¹²⁴⁰FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad**. In: KAPLAN, Marcos (Compilador). Estado derecho y sociedad. Serie Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. P. 140.

¹²⁴¹RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdiccional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 106.

¹²⁴²BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Murcia: Universidad de Murcia, 1943. P. 16-17.

¹²⁴³RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdiccional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

¹²⁴⁴... la democracia —siempre en sentido amplio y apuntalada a su vez por los límites y controles al poder que agrega el Estado de Derecho— aporta valores que pueden afirmarse desde la seguridad que brinda una Constitución que reciba o está alineada al derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, queda el sistema orientado hacia el ser humano, hallando su protección la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad, la paz, el diálogo, el respeto a la ley y los restantes derechos inherentes a la naturaleza humana. (CALVINHO, Gustavo. **El Proceso a Partir del Hombre y la Libertad**. Disponible em: <http://www.adolfoalvarado.com.ar>. Acessado em: 31/01/2018. P. 216)

¹²⁴⁵Incluso el intento de reducir el juicio jurídico a una actividad de inducción que, apartándose de los tradicionales esquemas lógico deductivo, y reconociendo la imposibilidad de alcanzar por tales medios una conclusión necesaria, busca conseguir tan sólo una conclusión probable y preferible mediante la investigación inductiva, ha sido limitada al juicio del Jurista, pero no al del juez, por la peculiaridad que la observación del caso concreto y la consecuencia práctica del juicio presenta en este último caso (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.77)

¹²⁴⁶De hecho, es seguramente este ideal "racionalista" de conocimiento el que explica el escepticismo ante la racionalidad empírica en el mundo griego; es más, quienes, como Platón, exigían al conocimiento esa certeza absoluta pudieron concebir como absurdo el concepto mismo de “conocimiento empírico”. Es verdad que ya desde los griegos se abrió paso otra filosofía que consideró que, junto a la ciencia matemática o lógica, existe también una ciencia empírica, hasta el punto de que en determinadas concepciones (el "empirismo") se pudo sostener que la observación sensible es la fuente primordial del conocimiento; pero parece que los esfuerzos por fundar

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 conflitológico de interesses desvelado pelo objeto do debate processual, ocorre a desconstrução da lógica formal lógica-dedutiva de maneira a possibilitar a compreensão do fenômeno a partir dessa reavaliação da epistemologia.

Si por un lado hay que insistir en que la función jurisdiccional se resuelve en decir el derecho, esto es, en aplicar la legislación o, más técnicamente, en actuar el derecho objetivo en el caso concreto, por otro no cabe desconocer que esa función no puede limitarse a la realización de una operación lógica por un juez indiferente ante los conflictos de la sociedad. La norma jurídica general que enlaza a un hecho abstractamente considerado una consecuencia jurídica también abstracta, necesita ser individualizada caso por caso para tener sentido. *Así la función jurisdiccional no puede reducirse a decir técnicamente el derecho en el caso concreto, sino que participa de la creación del derecho, en el sentido auténtico de la expresión.* La sentencia es norma jurídica individualizada; individualiza la norma jurídica general continuando la labor de creación jurídica ¹²⁴⁷ (g.n)

racionalmente dicha ciencia fueron intentos frustrados que abocaron al escepticismo. En la Edad Media, donde los principales problemas filosóficos eran problemas teológicos, hubo escaso lugar para las filosofías empiristas por ello no será hasta el siglo xvii, con el surgimiento de la ciencia moderna y el desarrollo de un ensinamiento más secularizado, cuando el empirismo reaparezca con fuerza y empiece a cobrar cuerpo en una teoría filosófica bien fundada, sobre todo en Inglaterra. Francis BACON, John LOCKE y David HUME son los máximos representantes de esta tradición. (ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho**. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. P.14)

¹²⁴⁷AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional**. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/joyestrella/introduccion-al-derecho-jurisdiccional-peruano-juan-montero-aroca>> Acesso em 31/01/2018. P.53-54.

Correspondendo ao juiz Hermes^{1248,1249} de OST, abandono da visão de um juiz neutro¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸Associada a Héstia e seu contrário e complemento, Hermes, bastardo de Zeus unido a Maia, uma ninfa, é um deus fora, viajante, móvel, sempre se mexendo como as cabras e os carneiro dos quais é responsável. Pastor, guia, arauto, embaixador, mensageiro, comerciante, ele apadrinha os contatos, as trocas – de palavras e de riquezas –, as transações e as transições de todo o tipo. Atravessando muros e portas, ultrapassando as fronteiras, conduz os vivos até a morada dos mortos; faz passar da vigília ao sono; preside no quarto nupcial que transforma a virgem em mulher casada, vigia, em um incessante ir e vir, o caminho que leva dos deuses aos homens (VERNANT, Jena-Pierre. **Entre Mito e Política**. São Paulo: Edusp, 2002. P. 234)

¹²⁴⁹ La interpretación es como un interlenguaje intercalado entre el mundo y el hombre a modo de condición hermenéutica de toda dicción del sentido. De esta manera el lenguaje se yergue en el médium de la experiencia hermenéutica como intérprete o transductor que media el encuentro del hombre con las cosas y los demás hombres; por ello la Hermenéutica está bajo el patrocinio de Hermes, el dios del lenguaje oblicuo y la comunicación transversal, y por lo mismo puede hablarse del "giro lingüístico, en la Hermenéutica contemporánea, y que el lenguaje es divisado medialmente como la condición de todo sentido. Ahora bien, en la obra gadameriana se habla técnicamente de *Sprachlichkeit* al tiempo que vierte el *logos* griego al alemán, cabe traducirse como lingüicidad, o lingüisticidad, dialogicidad o apa-labramiento, articulación o junción, mentando primordialmente el carácter dialógico o lingüístico de la experiencia humana del mundo, de modo que el hombre se redefine ahora como un animal lingüístico porque obtiene logos (en su sentido de reunión, articulación o recolección del sentido dispenso entre las cosas). La versión oficial de la *Sprachlichkeit* nos la ofrece como "lingüisticidad", destacando así la significación lingüística del lenguaje, es decir, su significado lógico-verbal tal y como aparece en el habla o diálogo, en la conversación o coloquio, pero también derivadamente en el texto o escritura. La lingüisticidad del lenguaje apunta entonces al apalabramiento y el acuerdo, al consenso y la puesta en común propia de la comunicación intercubjetiva sobre algo. Sin embargo, esta traducción oficial de la *Sprachlichkeit*, precisamente por su fidelidad al texto gadameriano, deja fuera el amplio contexto heideggeriano en el que se incuba esta noción hermenéutica central. En efecto, cabe traducir contextualmente la *Sprachlichkeit* gadameriana como o lingüicidad, lingüicidad que mienta el trasfondo ontológico del logos lógico, así pues la articulación cuasi metafísica que subyace al encuentro de hombre y mundo, lo que el propio Gadamer llama desde la poética de F. Hölderlin la correspondencia entre el alma y el mundo. El pensador americano Ralph W. Emerson ha expresado esta articulación radical de la naturaleza y el espíritu, la materia y la inteligencia a partir de una üsión del hombre situado en el centro relacional de todas las relaciones. En todo caso, yo no hablara ya de un centro ocupado por el hombre y su lenguaje, yd que el lenguaje precisamente descentra al hombre de una posición central abriéndolo no sólo al otro/otra sino a la otredad trans humana (llámese naturaleza prehumana o diüinidad poshumana). He aquí que el lenguaje como articulación ontológica (articulación humana del mundo) interpreta o traduce el ser como conser (*syneinai, tñitsein*, coser), fundando una especie de (panrelacionismo (R. Rorty) que todo lo apalabra en principio si bien nunca totalmente. Un tal lenguaje hermenéutico no es por lo tanto, frente a nuestro León Felipe, prometeico sino más bien proteico, por cuanto trata de expresar todo de acuerdo a una hermeneusis copulativa o Obsérvese la definición funcional del lenguaje en dicho relato como relación o junción de vocablos que conforman conceptos; se trata del lenguaje lingüístico o lógico-verbal. Pero a continuación se nos presenta elípticamente el otro tipo de lenguaje prelingüístico o protolingüístico (preverbal), basado en la asociación de los pacíficos misioneros con los terribles conquistadores dada su común identidad española, por lo que los indios optan por huir evitando el peligro de ser sometidos (peligro no sólo representado por los españoles sino también por todo hombre extranjero üsto como extraño, diferente y disidente). Mas si los misioneros dialogan con algunos indios es porque huy cierta aferencia de fondo, un contexto afectivo y una comunicación implícita, así pues cierta complicidad, querencia o consentimiento; por ello la antropología simbólica de V. Turner y C. Geertz han dado tanta importancia a la afectividad, las emociones y los sentimientos (importancia que coexiste, por ejemplo, en el conflicto vasco y que no ha sido aún complicada). En ese breve relato se nos ofrece, pues, la doble *Sprachlichkeit*, o sea, el lenguaje lingüístico o verbal y el lenguaje prelingüístico o simbólico. Hans-Georg Gadamer expone muy bien este doble aspecto del lenguaje hermenéutico condicionante del sentido: Nadie puede resolver de modo racional el tema de la primera comprensión del sentido. Siempre han precedido las experiencias prelingüísticas y, sobre todo, el intercambio de miradas y gestos, y todas las transiciones son fluidas.⁸ Si el lenguaje lingüístico refiere la referencia dal significado, he aquí que el protolenguaje prelingüístico se infiere de la aferencia del sentido. De aquí sonsacamos nosotros una conclusión muy (im)pertinente para la Hermenéutica: que a la referencia del significado (lingüístico) subyace la aferencia del sentido (simbólico). Ha sido Martha Nussbaum la que, reinterpretando el lenguaje dialógico/dialéctico de Sócrates en Platón, ha realizado la curiosa observación de que la sensualidad de Alcibiades subyace y condiciona a un tiempo el discurso platónico de Sócrates, lo cual es como decir que toda sublimación, elevación o abstracción (la forma) lo es respecto a algo implicado, experimentado, supuesto (la materia). Yo diría entonces, que la auténtica dialéctica del lenguaje -su dialogicidad fundamental- incluye lo

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.¹²⁵¹

A interpretação hermenêutica que tem como base o Processo, desvela o fenômeno conflitológico de interesses, inter-relacionando-se entre texto e contexto¹²⁵², passa assim o contexto formar uma densa gramática social exposta ao Processo como metáforas vivas que desvelam o fenômeno pelo jogo dialético-dialogal exposto pelo debate, o Juiz julga com as construções e desconstruções dadas ao jogo de perguntas e respostas, operando a decisão pela compreensão hermenêutica, gerando norma individual.

A interpretação do direito corresponde a uma forma de criação do direito pela jurisdição – *ius facere* - e não meramente declarativa – *ius dicere*.¹²⁵³ Assim, para cada fenômeno

linguístico y la lingüicidad, lo lógico y lo ontológico, la referencia y la aferencia, la metáfora y la catáfora, el significado y la significación, la razón el sentido, la verdad y la afección, en definitiva el logos y el mythos. O el lenguaje humano como una mitología radicalmente humana en cuyo intertexto mitológico comparecen hombres, cosas, ideas y dioses *humanamente* (y ello dice contingentemente). (OSÉS, Andrés Oniz. **Amor y Sentido**. Una hermenéutica simbólica. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. P. 25-28)

¹²⁵⁰Mas, no que ao processo diz respeito, a justificação é ainda outra: superada a visão de um modelo de juiz desinteressado e neutro perante a causa que lhe cabe decidir e aceitando hoje que os poderes processuais do juiz, ativos na busca dos fatos e diretores na tramitação procedimental, implicam o abandono de uma posição passiva e distanciada, então assentemos também, a contra-vapor, que estas regras deontológicas adquirem novos protagonismos, não servindo apenas para regular a relação do juiz com os outros órgão de poder do Estado mas, sobretudo, com todos aqueles intervenientes processuais que com ele interagem. Daí que, uma vez consagrada esta nova dimensão da tarefa de julgar – que atribua a quem decide a verdadeira direção do processo -, tais regras devam recenrar-se nesta exigências ética do juiz num comprometimento perante as partes, que representam a face visível do exercício da cidadania. Finalmente, como fio-de-prumo cotejador de prestação do serviço de justiça, a medida-padrão radicar-se-á necessariamente na satisfação final do direito dos cidadãos a uma justiça de qualidade; pensada racionalmente com barómetros objetiváveis mas vivida, em cada decisão, com paixão e sentimento. (MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 167-168)

¹²⁵¹VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.148.

¹²⁵²A própria concepção dos códigos, construídos como monumentos isolados e autônomos, se assentava no muro tríplice de um espaço estatal, de um tempo estável e de uma ordem fundamentada na lei. Mas não se pode esquecer que a paisagem mudou. [...] Pois a grande novidade é a interação entre textos e contextos ou, mais amplamente, entre os diversos conjuntos normativos que funcionam simultaneamente. (DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Pontes, 2004. P. 215-216)

¹²⁵³Como modernos representantes de esta orientación podemos citar a Liebman, Betti, em su primitiva concepción; Allorio, Gómez Orbaneja, Todrigueza Valcarce, y Cardozo entre otros vários. Liebman considera como función principal de la jurisdicción la interpretación del derecho. Pero esta interpretación no implica actividad creadora, sino meramente declarativa, pues el hecho está regulado por la norma antes de convertirse en objeto de juicio y el juez se limita a dar forma expresa a la regla concreta lógicamente contenida en la fórmula abstracta de la ley. Pero, añade Liebman, toda interpretación implica una apreciación del hecho singular, en la que intervienen momentos de intuición y valoración subjetivos, pero es una exigencia inmanente del ordenamiento

conflitológico de interesses, o direito é construído/criado¹²⁵⁴, decisão devidamente fundamentada em correspondência com a administração da justiça e com a responsabilidade social do juiz: “*Esta constatación no implica, sin embargo, una adhesión a los postulados de la escuela del Derecho libre, pero sí exige como presupuesto previa antes de proseguir la investigación una aclaración sobre la función del juez en relación con el Derecho.*”¹²⁵⁵, que é uma função *processual*, na medida que o processo legitima a criação do direito.

O Processo é a grande vocação de nosso tempo, a emergência humana para a redução de fenômenos conflituais e de tamanha emergência, os fenômenos nascem de fragmentos inesperados, e assim nasce o direito como precisão da adaptação existencial. No entanto, os fenômenos perpassam os amíúdes do direito como Lei, e sim o Processo revela-se como gênese primeira do direito, nascendo na decisão com direito objetivo processual.¹²⁵⁶

jurídico reconducir la decisión a la norma. Es decir, Liebman admite que existe en la realidad el fenómeno de la valoración subjetiva, pero como lo considera peligroso, prefiere adherirse a la doctrina tradicional. Semejante equilibrio efectúa asimismo Betti para quien, si bien desde el punto de vista del orden jurídico la norma no esta destinada a crear una nueva relación jurídica o un precepto sancionatorio antes inexistente, sino tan sólo a individualizar el precepto de la ley sustancial en el caso debatido, admite luego que en ciertos casos la interpretación pueda conducir a la formación de un nuevo derecho, aun reprochando a quienes estiman lo contrario. El el mismo plano de la interpretación se sitúa Allorio, quien siguiendo la pauta de la teoría para del derecho, tras constatar que en los actuales ordenamientos en que existe monopolio estatal en la producción del derecho la misión del juez queda circunscrita a la verificación de la validez formal y sustancial de las normas, y acto seguido a la aplicación de la norma al caso concreto, reconoce que las técnicas interpretativas y el procedimiento por analogía constituyen eficaces instrumentos de autointegración del ordenamiento, gracias a los cuales es posible realizar con suficiente aproximación la adecuación de las normas a las situaciones concretas. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.108-109)

¹²⁵⁴Así, para cada para cada conflicto concreto, para cada caso es el juez quien debe decir lo que es derecho: es el *iu-dex* quien *ius dicit*. El conflicto - la *causa*, o «cosa (*res*) de que se trata»- objeto del juicio es el litigio - del Latín *lis*, genitivo *litis*-, y las personas se llaman los litigantes. (D'ORS, Alvaro. **Una Introducción al Estudio del Derecho**. Madrid: Ediciones Rialp, 1979. P.30)

¹²⁵⁵DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.106.

¹²⁵⁶A. – Développement des sources de la légalité procédurale. Puisque l'année 2006 offre l'occasion de célébrer, à la fois, les 200 ans de l'ancien Code de procédure civile et les 30 ans du nouveau Code de procédure civile, on ne peut manquer d'être saisi par l'évolution considérable des sources de la légalité procédurale. Il y a deux siècles la question des sources se présentait de manière relativement simple: le droit était tout entier dans la loi, conçue au sens formel ou organique du terme, et la loi était toute entière dans les codes. La codification napoléonienne, c'était l'esprit de caserne appliqué au droit. L'avènement de la 5ème République a été l'occasion d'un bouleversement complet de la question avec, d'une part, le déclin de la légalité procédurale issue de la loi (1°) et, d'autre part, l'essor de la légalité procédurale en dehors de la loi (2°). 1°) Le déclin de la légalité procédurale issue de la loi. Ce déclin tient bien sûr à la répartition des compétences opérée par la Constitution de 1958 entre le parlement et le gouvernement. La distinction des articles 34 et 37 est trop connue pour s'y attarder. Disons simplement que, dans le nouveau système constitutionnel, selon l'expression même de M. Jean Foyer, «c'est le règlement qui est le droit commun, et c'est la loi qui est l'exception» et que la procédure civile relève de la compétence de droit commun du gouvernement, non pas de la compétence d'attribution du parlement. Il s'agit en ce sens d'un déclin de la légalité procédurale issue de la loi. Mais ce déclin doit être nuancé. D'abord, pour n'être pas une loi parlementaire ou loi stricto sensu, le règlement autonome de l'article 37, le décret loco legis comme le nomme le doyen Carbonnier, qui tient lieu de loi, n'en est pas moins une loi au sens matériel du terme. Au demeurant, la compétence du gouvernement en matière procédurale n'est pas totale. En vertu de la lettre expresse de l'article 34, al. 2 de la Constitution, le parlement demeure compétent pour fixer les règles concernant « la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ». Par ailleurs, les règles de procédure civile peuvent indirectement relever de la loi parlementaire, lorsqu'elles sont l'accessoire de règles de fond pour

lesquelles compétence est attribuée au parlement ou lorsqu'il appartient à la loi parlementaire de déterminer les principes fondamentaux dans un certain nombre de matières. Pour autant, ce partage des compétences a suscité et continue de susciter une réaction mêlée. Plus particulièrement, l'éviction de la procédure civile hors du champ de la compétence parlementaire est parfois ressentie comme un déclassement contestable, voire inadmissible. Il faudrait « rendre au Parlement ce qui lui appartient », selon l'expression de Me Raymond Martin. On pourrait voir, dans cette contestation, l'expression d'une nostalgie de la République des avocats; mais, plus fondamentalement, l'opinion traduit aussi l'idée que la procédure civile intéresserait autant les libertés publiques que la procédure pénale. Que la procédure civile intéresse les libertés civiles en tant qu'elle permet la mise en œuvre de la sanction judiciaire des droits, qui participe de l'Etat de droit, ce n'est pas discutable; qu'elle intéresse les libertés publiques à l'égal de la procédure pénale, c'est autre chose. Il me semble, en tout cas, que la compétence réglementaire convient mieux à l'objet et au contenu des règles de procédure civile que la compétence parlementaire. Le nouveau Code de procédure civile que l'on célèbre tant depuis son vingtième anniversaire, et à juste titre, ne serait sans doute pas advenu sans la grâce de l'article 37 de la Constitution. La médaille a certes son revers, qui risque de faire de la procédure civile « un chantier permanent » et du code un ouvrage toujours remis sur le métier, de manière plus ou moins transparente, plus ou moins pertinente. La quantité risque de nuire à la qualité. Ces modifications incessantes, depuis 1981, n'ont pas toujours la même qualité formelle que la lettre originelle du code. Surtout, c'est la doctrine même du nouveau code de procédure civile, sa conception fondamentale du procès civil et la cohérence de son architecture d'ensemble dont on craint qu'elles soient altérées par la succession ininterrompue de ces modifications ponctuelles. On se souvient, par exemple, du débat qui avait suivi le décret du 28 décembre 1998, faisant suite au rapport de Jean-Marie Coulon, sur le point de savoir si les nouvelles exigences faites aux parties quant à leurs écritures, l'exigence de qualification notamment, ne remettaient pas en cause la conception de l'office du juge. Un nouveau débat se développe aujourd'hui en raison des décrets du 20 août 2004 et du 28 décembre 2005, qui font suite au rapport de la commission présidée par Jean-Claude Magendie. Je n'entrerai pas dans le détail de ces débats, qui me feraient sortir des limites de mon exposé. J'observerai simplement : primo, que la compétence parlementaire en matière de procédure pénale n'a pas davantage mis la procédure pénale à l'abri de modifications successives qui tirent le procès pénal à hue et à dia au mépris de la stabilité et de la lisibilité que l'on peut attendre de la loi pénale ; secundo, que la procédure civile n'est pas un sanctuaire et qu'il ne faut pas répudier, par principe, son adaptation à l'évolution de la réalité judiciaire et sociale, dès lors, du moins, que cette adaptation est raisonnable dans son inspiration et cohérente dans ses modalités; tertio, que la compétence réglementaire, pas plus du reste que la compétence parlementaire, n'échappe à tout contrôle, contrôle de la légalité des décrets par le Conseil d'Etat, contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel qui, chacun de son côté et à sa manière, veillent au respect des principes fondamentaux du procès 24. Mais c'est alors l'occasion d'observer que la légalité procédurale progresse en dehors de la loi. 2°) L'essor de la légalité procédurale en dehors de la loi 9. L'essor de la légalité procédurale en dehors de la loi, au sens matériel et national du terme, était-il inscrit dans la Constitution de 1958? On pourrait en débattre: il faudrait sans doute distinguer, en faisant la part de la contribution prétorienne à la légalité procédurale (a) et de l'élaboration internationale de la légalité procédurale (b). a) La contribution prétorienne à la légalité procédurale. Il va de soi que la Cour de cassation contribue à l'élaboration de la légalité procédurale dans son travail de contrôle de la légalité et d'interprétation, à cette occasion, des textes de procédure. Je n'insisterai donc pas sur ce point. Il convient, en revanche, de rappeler la contribution du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel à la définition de la légalité procédurale. On peut considérer que l'élaboration prétorienne de la légalité procédurale par le Conseil d'Etat est impliquée par la Constitution de 1958. En raison de leur nature réglementaire, les décrets de procédure sont soumis au contrôle du Conseil d'Etat qui a charge d'en apprécier la légalité et ce contrôle est d'autant plus étendu que cette légalité est appréciée au regard, non seulement de la loi, mais aussi des principes généraux du droit. Le Conseil d'Etat est ainsi une source du droit judiciaire privé et sa contribution à la légalité procédurale est loin d'être négligeable, que son intervention ait porté sur les principes directeurs du procès, sur les autres dispositions plus techniques du code ou sur d'autres textes comportant des dispositions de procédure civile. L'arrêt Dame David, à propos du principe de la publicité des débats, et l'arrêt Rassemblement des nouveaux avocats de France, à propos du principe du contradictoire, sont de grands arrêts du droit judiciaire privé. L'élaboration prétorienne de la légalité procédurale par le Conseil constitutionnel, en revanche, n'était pas impliquée par la lettre originelle de la Constitution de 1958. L'évolution sur ce terrain résulte principalement de l'extension du contrôle de constitutionnalité à la Déclaration des droits de l'homme et au préambule de la Constitution de 1946. A partir de là, le Conseil constitutionnel, gardien de la séparation des pouvoirs, devenait aussi gardien des libertés fondamentales. C'est sur ces deux terrains que la jurisprudence procédurale du Conseil constitutionnel s'est développée. Sur le terrain des compétences respectives du parlement et du gouvernement, le Conseil constitutionnel a notamment développé une interprétation large de la disposition de l'article 34 réservant au parlement la création de nouveaux ordres de juridiction, ce qui a conduit, notamment, à inclure dans le domaine de la loi les règles relatives à l'organisation et à la compétence matérielle des juridictions. Sur le terrain des droits fondamentaux ensuite, sa contribution à l'élaboration de la légalité procédurale a été plus importante car l'examen des lois qui lui étaient soumises l'a conduit à procéder à la

Esse caráter amplia a interpretação do princípio dispositivo, junto ao princípio contraditório, pela ampla normatividade que com a interpretação judicial do fenômeno dá contornos muito mais voltados ao direito vivo e dinâmico do que com o direito estático e estagnado ordenado pelas leis. O processo judicial segue a base em sua formulação em um objeto processual rígido que se amplia interpretativamente com o objeto do debate processual, o qual reduz significativamente a metafísica entre sujeito e objeto no sentido de procurar desvelar o fenômeno conflito lógico de interesses que se demonstra muito mais amplo que a figura da lei.

O ativismo judicial no âmbito do Processo Civil, se apresenta muito mais como uma discussão de participação Democrática no processo de construção da decisão, do que uma expansão interpretativa com locus central na Jurisdição. Necessário a busca de redução da expressão da jurisdição em detrimento do processo.¹²⁵⁷

Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos “*la lucha por la democracia participativa evitará la castración de la democracia representativa. Sólo en este sentido pueden ser defendidas las promesas de la modernidad, de ahora en adelante, en términos postmodernos.*”

constitutionnalisation de certains principes de droit processuel, qu’il s’agisse de l’indépendance des juridictions, de l’égalité devant la justice, des droits de la défense, de la contradiction ou du droit au recours juridictionnel effectif, qui figurent au nombre des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques » visées par l’article 34, al. 2 de la Constitution. Certes, comme l’a observé Nicolas Molfessis, «cette constitutionnalisation de la procédure reste toutefois encore limitée, sinon marginale». Par ailleurs, le Conseil constitutionnel, à proprement parler, pas plus que le Conseil d’Etat et la Cour de cassation, ne crée les principes fondamentaux de la procédure; il donne valeur constitutionnelle à des principes généraux de procédure déjà dégagés par les textes ou révélés par la jurisprudence des juridictions ordinaires. Autrement dit, ce n’est pas parce que ces principes se voient reconnaître une valeur constitutionnelle qu’ils sont fondamentaux ; c’est parce qu’ils sont fondamentaux qu’ils peuvent se voir reconnaître une valeur constitutionnelle. Il n’en reste pas moins que le Conseil constitutionnel contribue ainsi à la définition de la légalité procédurale, d’une manière qui, d’ailleurs, vaut souvent pour l’ensemble des procédures, ce qui définit, au cœur de la légalité procédurale, sinon un droit commun, du moins un noyau dur de principes communs, et si son rôle demeure limité, cela tient à son refus de contrôler la conformité des lois aux conventions internationales, qui sont aussi une source de la légalité procédurale. (BIAVATI, Paolo. Deroghe alla giurisdizione statutale e fungibilità dei sistemi giudiziari. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2009, Pp. 523-549. P. 4-8)

¹²⁵⁷Ambiciones desafortunadas, tendencias a dominar (física y psíquicamente) a los demás, melagomanías y narcisismos, siguen siendo actitudes típicas de no pocos políticos. A la vez, los clásicos de la ciencia política observaban inclinaciones populares a la *servindumbre voluntario* (La Boétie), a cambio de bienes materiales y de participación, real o simbólica, en un nivel u otro de la escala de poder. Entre los principales politólogos de tiempos pasados se plantea la cuestión de si hay una extraña y patológica complicidad, consciente o más bien inconsciente, entre los amos y los esclavos, entre el que domina y el dominado, entre el político y el ciudadano. Por ello los científicos de la política trabajan a menudo como psicólogos, a la vez que hacen referencia a fundamentos *históricos y socioeconómicos* que, en parte, explican tales extrañas conductas. Al mismo tiempo, psicoanalistas de diversas tendencias, que escriben como politólogos, también se interesan vivamente en el estudio de las relaciones complejas entre gobernantes y gobernados. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 150)

¹²⁵⁸ A Jurisdição ao tomar o local do processo faz com que “*Tal como la conocemos, la democracia política no se realiza plenamente, y todavía menos en su dimensión social.*”¹²⁵⁹

Segundo discorre Warat¹²⁶⁰, a democracia é uma prática política de produção de sentido, pois a nível de imaginário social, a democracia não possui o seu sentido definido. Uma determinada forma de sociedade, nesse sentido, é democrática na medida que existe nela um número significativo de espaços onde possam respirar os desejos desclassificados pelos sistemas simbólicos sancionados; onde possam realizar-se um número indefinido de operações tendentes à libertação e transformação da linguagem, que fundamenta a heteronomia simbólica. A natureza conflitiva humana¹²⁶¹ exaspera esse núcleo sempre em constante movimento do social. Por isso se afirmar que o processo é o local de redimensionalização do direito.

Em um primeiro momento, conforme visto, a expansão da jurisdição e do ativismo judicial foi necessária para quebrar hegemonias do Estado na produção de leis. Já em um segundo momento, em um Estado onde é garantida mais meios de voz ao ser, necessário uma ressignificação dos canais de catalização dos conflitos sociais. Esse novo momento¹²⁶² ainda pressupõe uma expansão da Jurisdição¹²⁶³, mas esta acompanhada, desta vez, por um espaço mais amplo de participação por meio do Processo, centrando a politização da vida neste, e não em representações alocadas ao legislativo ou ao judiciário “*No Estado de Direito, os direitos*

¹²⁵⁸SANTOS, Boaventura Sousa. **La transición postmoderna: Derecho y política**. In: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. P. 251.

¹²⁵⁹VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 155.

¹²⁶⁰WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 73.

¹²⁶¹La persona humana no se deja someter totalmente al dictado de la positividad. Sin negatividad, la vida se atrofia hasta el «ser muerto». Precisamente la negatividad mantiene la vida en vida. El dolor es constitutivo de la experiencia. Una vida que consistiera únicamente en emociones positivas o vivencias óptimas no sería humana. [...] Tan destructiva como la violencia de la negatividad es la violencia de la positividad. La psicopolítica neoliberal, con su industria de la conciencia, destruye el alma humana, que es todo menos una máquina positiva. El sujeto del régimen neoliberal perece con el imperativo de la optimización personal, vale decir, con la coacción de generar continuamente más rendimiento. La curación se muestra como asesinato. (HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder**. Barcelona: Herder Editorial, 2014. P. 77-78)

¹²⁶²A democracia como o sentido de uma forma de sociedade é sempre o produto de conflitos sociais e das resistências à produção institucional de uma subjetividade que nos marca e nos anula, insistindo nas representações de certeza e na redução da ordem política às relações de poder. (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 87-88)

¹²⁶³Pues bien, es posible afirmar 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. Porque la actuación jurisdiccional aparece precisamente ante la violación del Derecho, y por tanto se extiende cuando el Derecho se va haciendo más complejo y penetrante, y cuando se amplía, a través de obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos, el abanico de las posibles violaciones del Derecho mismo: violaciones, que no serán solamente ya resultado de la actividad de los ciudadanos, sino también, y cada vez más, de los poderes públicos. (FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. **Revista Derechos y Libertades**, 1999, Pp.63-79. P. 74)

*são idilicamente enumerados. A democracia precisa inventá-los na indeterminação da história e na permanência dos conflitos.”*¹²⁶⁴

O processo judicial é, por sua natureza, público: politicamente é um espaço de debate democrático e processualmente é um sistema jurídico no qual convergem situações jurídicas diversas, ativas e passivas, bem como deveres, tanto para os sujeitos processuais para as partes como os deveres-poderes para o juiz. O processo judicial é também, a partir da teoria do direito, uma fonte de criação de uma norma jurídica individual, posta ao caso concreto.¹²⁶⁵ Como a função do governo inclui tanto a manutenção do equilíbrio social, como de programas na busca de transformação social, e não somente apenas um destes, o processo legal atua tanto para a resolução dos conflitos como para a implementação das políticas.¹²⁶⁶

O Processo adquire o poder dos oráculos, o símbolo representativo e de que o poder do oráculo é conhecido unicamente quando são eles consultados, e o direito é por tanto requerido para falar com a autoridade no contexto das controvérsias. O que o direito pode conceber dependerá dos reclames e posições das contingências. Neste sentido, as controvérsias criam direito. O direito em si mesmo é origem de controvérsias futuras, já que cria novas pretensões ou novas bases sobre as que suporta antigas fundamentações.¹²⁶⁷

A ciência processual hodierna se apresenta como uma fábrica do direitos; o contexto e o texto operam interpretativamente em uma compreensão do fenômeno em uma gênese científica do direito indutiva e que propicia de horizontes adaptativos existenciais.¹²⁶⁸ Ocorrem inúmeras tentativas a melhor redução de complexidades para com a adaptação social do direito,

¹²⁶⁴WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 87-88.

¹²⁶⁵El proceso judicial es por su naturaleza público; políticamente es un espacio de debate democrático, y procesalmente un sistema jurídico en el que convergen situaciones jurídicas diversas, activas y pasivas, siendo las estelares las pasivas de cargas, para los sujetos procesales partes y los deberes-poderes para el sujeto procesal supraordinado, el juez, estando íncita la relación entre dichos sujetos en torno a un mismo objeto: la pretensión procesal. El proceso judicial es también desde la teoría del derecho, una fuente de creación de una norma jurídica, la sentencia judicial. (BEDOYA, Julia Victoria Montaña. **Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano**. Disponível em: <http://www.institutoderechoprosesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colmbia.pdf>. Acessado em: 31/01/2018. P. 3-4)

¹²⁶⁶DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. p. 28.

¹²⁶⁷CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 64.

¹²⁶⁸La scienza non fa quello che fa, per niente: fa quello che fa per arrivare a qualche cosa, per arrivare a soddisfare qualche esigenza. Essa non è disinteressata e non può esserlo, perchè nessuna opera della vita è disinteressata. Tutte le opere della vita si reggono, perchè hanno um loro profundo interesse per cui agli occhi dell'agente che sofre realizzandole vale pena di rialzarle.[...] L'attività científica è un'opera di vita e che responde nello spirito di chi la conduce, nella volontà da cui nasce la forza per condurre innanzi lo sforzo, ad uma profunda esigenza di vita cioè appunto a um profonfo valore della vita: è um'opera di vita, perchè crede al valore della vita e perchè essa nella sua específica posizione tende a realizzare la vita in uno dei suoi valori più caratteristici. (CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il Problema della Scienza del Diritto**. Milano: Giuffè, 1962. P. 107-108)

pois foram inúmeras as transformações do Estado para melhor adaptar o ser a mundaneidade existencial que é notadamente acentuada, ainda mais se tratando das necessidades humanas que apresentam-se de um lado como produtoras de angústias profundas e de outro produtora de desejos dos mais diversos voltados as mais indiferentes pré-compreensões da filosofia, pois o fenômeno tratado como fenômeno conflitológico de interesses apresenta-se a atual sociedade como relevante iter para a adaptação existencial humana do ser, produzindo assim uma compreensão hermenêutica desveladora das vicissitudes do ser, o qual as entifica.

A hermenêutica de cunho filosófico faz com que se repense os graus de subjetividade reconhecendo as desigualdades e diferenças que, ora colidem, ora se encontram e ocasionam o *conflito*. A Democracia, assim, reconhece as diferenças entre os cidadãos, de maneira que não propõe homogeneizá-las, mas sim determina que entre possíveis conflitos haja o consenso da jurisdição.

Pela democracia moderna emerge vazão a fenomenologia existencial, abertura de uma autonomia do indivíduo marcada sobre as metáforas vivas e seus fundamentos possíveis, gramatizados processualmente. Assim, para além de se criar um novo tipo de sociedade, inaugura-se um novo modelo de sujeito, aqui expresso pela cidadania, pela figura do Cidadão. Esse novo modelo de sociedade exige que o sujeito seja capaz de realizar autorreflexões no sentido: Nossas Leis são boas? São Justas? Observa-se que essa autorreflexão assemelha-se ao *ofício do filósofo*¹²⁶⁹. O momento de nascimento da Democracia, por bem dizer, ocorre introjetado pela Filosofia – de maneira que estão não se insere somente quando do surgimento dos Direitos do Homem, da Igualdade ou do direito, conforme normalmente costuma-se a pensar.

A Filosofia reflexiva rompe a transformação do sujeito como massa e cria uma subjetividade reflexionante com os fenômenos conflituais, quebrando a subjetividade individual e trazendo uma nova forma do sujeito se relacionar consigo e com o outro, possuindo importante papel a desempenhar na emergência de uma nova posição subjetiva do sujeito, uma

¹²⁶⁹Na realidade, não é possível destacar o viver do filosofar; todavia, o provérbio tem um significado prático: viver significa ocupar-se principalmente com a atividade prática econômica; filosofar, ocupar-se com atividades intelectuais. Todavia, existem os que apenas vivem, obrigados a um trabalho servil e extenuante, sem os quais determinadas pessoas não poderiam ter a possibilidade de se exonerarem da atividade econômica para filosofar. Sustentar a qualidade contra a quantidade significa precisamente apenas isto: manter intactas determinadas condições de vida social, nas quais alguns são pura quantidade, outros são pura qualidade. O homem deve ser concebido como um bloco histórico de elementos puramente subjetivos e individuais e de elementos de massa – materiais – com os quais o indivíduo está em relação ativa. Transformar o mundo exterior é desenvolver a si mesmo. É uma ilusão e um erro supor que o melhoramento ético seja puramente individual: a síntese dos elementos constitutivos da individualidade é individual, mas ela não se realiza e desenvolve sem uma atividade para o exterior, atividade transformadora das relações externas. (GRAMSCI, **Concepção Dialética da História**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. P. 50)

vez que definirá a realidade que reluzirá a nova forma de experiência política e construirá esse novo ser.¹²⁷⁰ A subjetividade como instancia *reflexiva e deliberante*, no sentido de pensamento e vontade, manifesta-se através da Instituição do Estado no sentido de desejar e conspirar para que ela seja capaz de satisfazer alguns requisitos mínimos da *psiché*: a vontade de ser ouvida como singular por meio do poder que legitima para regular a adaptatividade existencial.¹²⁷¹

A maneira pela qual se define o próprio termo cidadania é precípua para que uma identidade cidadã seja construída, pois de nada adianta termos garantido ao cidadão meios para exercer sua *psiché* aliada à potência, se ele próprio não se enxerga nessa subjetividade; ou, não se enxerga como indivíduo no meio dessa massa - sente que sua opinião é incapaz de mudança efetiva. O ser posto como cidadão sente-se “pequeno”, incapaz de exercer influência transformadora na Democracia ao qual faz parte.

Segundo Castoriadis, o ser pode expressar sua autonomia, aqui posta como reflexiva, de maneira *interna e externa*¹²⁷², a interna expressada por sua *psiché* e a externa por suas outras instâncias psíquicas munidas do elemento ação. A autonomia do indivíduo reside nessa conexão: a formação de uma instancia reflexiva e deliberante, traduzida aqui como o verdadeiro pensar humano – um pensar que visita o contexto social, perpassa pela *psiché*, traduzida como potência de ação. Com esta lógica, a liberdade de pensamento efetiva é alcançada, uma vez que antes a subjetividade individualista era imposta externamente ao interior – seja pelo direito ou pelo Poder – e, agora, com a subjetividade reflexiva, ao cidadão é concedido espaço e liberdade para exercer sua imaginação e sua autonomia de vontade.

¹²⁷⁰Pero evidentemente toda ruptura de la clausura, a menos de quedar en una abertura que nada rompe en absoluto, debe plantear algo, alcanzar algunos resultados y, partiendo de esto mismo, arriesgarse a crear una nueva clausura. La continuación y renuevo de la actividad reflexiva -no por el placer de renovar sino porque esto mismo es la actividad reflexiva - provoca en consecuencia el cuestionamiento de los resultados precedentes (no necesariamente su descarte), así como tampoco el carácter revisable de las leyes en una democracia significa que todas deban ser modificadas cada mañana). (CASTORIADIS, Cornelius. **El Mundo Fragmentado**. La Plata: Terramar, 2008. P. 125).

¹²⁷¹¿Por qué o para qué explicar el vivir y a los seres vivos? Los seres humanos modernos vivimos en **conflicto**, hemos perdido la confianza en las nociones que antes daban sentido a la vida humana bajo la forma de Inspiraciones religiosas, y lo que nos queda a cambio, la ciencia y la tecnología. no nos da el sentido espiritual que necesitamos para vivir. Hay frustración y enojo en los jóvenes que buscan saber qué hacer ante un mundo que los adultos hemos llevado en el camino de la destrucción. ¿Qué hacer? Yo pienso que el conocimiento acompañado de la reflexión que nos hace conscientes de nuestros elementos y de nuestros deseos. nos hace responsables porque nos hace e conscientes de las consecuencias de nuestros actos y actuamos según nuestro deseo o no deseo de esas consecuencias, y nos hace libres porque nos conscientes de nuestra responsabilidad y podemos actuar según sí queremos o no queremos vivir las consecuencias de nuestro actuar responsable. Aunque los seres vivos sornas sistemas determinados en la estructura, los seres humanos como seres vivos que vivimos en el lenguaje existimos en el fluir recursivo del convivir en coordinaciones de coordinaciones conductuales consensuales, y configuramos el mundo que vivimos como un convivir que surge en la convivencia en cada instante según como somos en ese instante. (MATURANA, Humberto. VARELLA, Francisco. **De máquinas y seres vivos**. Santiago del Chile: Editorial Universitaria, 1998. P. 32)

¹²⁷²CASTORIADIS, Cornelius. **El Mundo Fragmentado**. La Plata: Terramar, 2008. P. 183-184.

A superação da Democracia estritamente *representativa* - forma de Estado que se propõe criticar - é possível através de uma nova visão e percepção dos movimentos da sociedade, de seus encontros e desencontros, estando o direito, o processo e, junto ao último, a sua razão de ser: o *conflito*. Para tal efetivação, necessário a outorga ao cidadão dos meios para exercer voz. Aqui, fala-se do Poder Judiciário, por meio do Processo: a superação de uma Democracia sem os pressupostos básicos para o exercício da cidadania, ocorre de mãos dadas ao Processo, na medida em que reconhece em seu texto espaço *legítimo*, dotado de um procedimento *legítimo* inserido na estrutura do Judiciário para que o cidadão ganhe voz.

A democracia não pode ser sentida distante do cidadão, daquele que representa adaptação existencial. Seja por via de correntes políticas modernas, ativistas ou pela voz de literatos proeminentes e ativos politicamente, a Democracia que acaba por deturpar a posição do cidadão se mostra sombria daquela tida como o projeto democrático reclama, e isto é sentido quando ao sujeito somente o poder de *voto* é concedido. O voto, em que pese sua importância histórica, não pode ser visto como único meio democrático de participar da construção social. Por isto, novas ferramentas devem sempre ser estruturadas. O direito ouviu e deu voz a essa manifestação democrática, e por suas previsões busca dar *voz* a um cidadão até então calado pelo Poder. Esse sujeito, dessa forma, transforma-se, se revigora e ganha força de potência.

Para ir contra os aspectos que degradam o Estado Democrático de Direitos, se deve entender que nossa sociedade plural faz com que apareçam novos espaços sociais e políticos que postulam do Estado novas formas de efetivar seus desejos e anseios, frutos da subjetividade reflexiva, visto que subsistem “[...] *democracias políticas, que pagam com crescentes inquietações sociais essa falta de espaço político deferido ao indivíduo no seu cotidiano, naquilo que se mostra relevante e nos muitos papéis sociais que, nele, é forçado a desempenha*”.¹²⁷³

A importância da digressão sobre a função jurisdicional reside no aspecto de que o processo, pelo contraditório que desvela o fenômeno “*Potremo quid definire il processo civile il complesso delle attività degli organi giurisdizionali e delle parti, necessarie allo svolgimento della funzione giurisdizionale civile.*”¹²⁷⁴, ou seja, é o centro de desenvolvimento da função jurisdicional civil.

¹²⁷³BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, P. 54-56; PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 94.

¹²⁷⁴ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Vol. I. Parte Generale. 2 ed. Roma: Editrice Torinesi, 1966. P. 111

O exame feito permite considerar que “*En la actividad jurisdiccional conjuntamente se aplica y se crea el Derecho. El juez, al aplicar la norma abstracta al caso concreto, crea una nueva norma antes inexistente para regular dicho caso*”.¹²⁷⁵ Reconfigura-se tanto em sua estrutura quanto em sua função a jurisdição, a mesma era tida como vocação de nosso tempo, isso até então acabou a reestruturar os institutos processuais que agora, tal reconfiguração, projeta “*o processo como vocação de nosso tempo*”.

São as mais distintas diferenciações culturais no que tangem ao Processo, mas apresentam uma função que tem em comum, qual seja, a adaptação social destinada, com o julgamento que tem o resultado fulcral de assegurar a adaptação existencial do vínculo social. Esta função é universal, atravessando fronteiras, mesmo que sua implementação possa apresentar singularidades de um país para outro.¹²⁷⁶ *É a jurisdição que tem no processo sua justificação, pois a função judicial justifica-se no dialética processual*,¹²⁷⁷ “Si la idea de función jurisdiccional es la que ha de recogerse en el proceso explicando la potestad en virtud de la cual un tercero, investido de poder público, interviene entre las partes, no puede por menos de

¹²⁷⁵En la actividad jurisdiccional conjuntamente se aplica y se crea el Derecho. El juez, al aplicar la norma abstracta al caso concreto, crea una nueva norma antes inexistente para regular dicho caso. En efecto, el legislador no contempla el litigio existente entre A y B, sino todos los litigios que pueden producirse entre los ciudadanos. Cuando el juez aplica la norma a dicho litigio, su actividad no es simplemente mecánica, sino que supone la emisión de una nueva norma de contenido distinto, accidental o esencialmente. Lo que importa realmente es la sentencia una vez devenida firme, no la ley que haya podido tenerse en cuenta para la emisión de dicha sentencia (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.124)

¹²⁷⁶Ces deux sens conviennent parfaitement au comparatiste, dont le travail consiste précisément a faire la part, entre les différents droits nationaux, du propre et du commun, du particulier et de l’universel 17. Ce qui vaut pour le droit en general doit valoir pour le droit du proces en particulier. Le proces peut etre etudiee du point de vue, particulariste, des cultures a l’oeuvre dans chaque pays, la culture juridique etant alors considerée comme appartenant a la culture nationale 18 : il faut alors rechercher s’il y a une culture italienne, japonaise, anglaise ou bresilienne du proces, marquee par les caracteristiques sociales propres a chaque pays, faconnee par ses institutions, ses croyances, ses usages, ses mentalites, sa morale, bref ses traditions. Mais le proces peut aussi apparaitre comme une activite eminentement sociale destinee, comme le jugement qui en est l’aboutissement, a assurer la cohesion du lien social. Or, cette fonction est universelle, depassant les frontieres, quand bien meme sa mise en oeuvre peut presenter des singularites d’un pays a l’autre. (CADIET, Lôic. **Culture et Droit Processuel**. Disponível em <
<https://www.google.com.br/search?q=CADIET%2C+L%C3%B6ic.+Culture+et+Droit+Processuel&oq=CADIE T%2C+L%C3%B6ic.+Culture+et+Droit+Processuel&aqs=chrome..69i57.292j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>> Acessado em 31/01/2018. P. 5)

¹²⁷⁷Sembra a questo punto dell’indagine, sufficientemente chiaro come il giudice, quale organo autorizzata ad applicare il diritto, trova degli spazi non completamente determinati dall’insieme normativo nei quali egli può (e tante volte non solo può ma ne è costretto a) effettuare delle scelte. La decisione giudiziale che risulta di un processo così descritto non è quindi la conseguenza univoca di un mero procedimento esegetico di un diritto preesistente, bensì il prodotto di ben precise attività valutive del giudice, che possono passare attraverso le sue convinzioni di natura morale, religiosa e anche i valori condivisi falla classe sociale di provenienza. Non è inopportuno, quindi, chiedersi se (e se si e in quale misura) al giudice viene chiesto di rispondere per il proprio operato, proprio in ragione del fatto che la decisione cui egli perviene rappresenta solo una delle possibili alternative a lui sottoposte. La questione non si porrebbe, naturalmente, se la decisione fosse totalmente determinata da quell’insieme delle norme dell’ordinamento. (DÍAZ, Adrián Rentería. Discrezionalità del Giudice o Risposta Corretta? **Revista de processo**. n.º 83. Ano 21. Julho-Setembro 1996. Pp.128-164.P.164)

formularse una ecuación impecable entre los conceptos de función jurisdiccional y función procesal.”¹²⁷⁸ Qualquer mecanismo regulatório não pode evitar a ameaça de um “super-individualismo”, o que faz com que se crie uma nova cultura jurídica baseada em conceitos como confiança, auto-limitação, colaboração leal, humanidade, transparência e comunicação.¹²⁷⁹

O Processo como gênese do direito aderido e ressignificado em suas funções e estruturas passa a ser não o limitador, mas sim o possibilitador no tocante a criação do direito, assim “contando o direito até três: “um, dois, três”¹²⁸⁰, pois o direito persegue três finalidades que devem ser buscadas para que haja efetivamente a criação processual do direito. A primeira finalidade é a de atribuir a cada um o que lhe corresponde “...la «sentencia» pone fin a un debate prácticamente interminable mediante una decisión que será definitiva cuando llegue a su fin el periodo para presentar recurso y para cuya ejecución prestará ayuda la fuerza pública. Haciéndolo así, el juez habrá cumplido una primera función. Habrá atribuido a cada uno la parte que le corresponde”.¹²⁸¹

A segunda finalidade do direito é assegurar o equilíbrio entre a decisão judicial e a operatividade do seu conteúdo por meio da coação, tratando-se esta de uma força imposta por

¹²⁷⁸GUASP, Jaime. **La pretension procesal**. Madrid: Civitas, 1985. P. 385

¹²⁷⁹Oggi questi miti si sono dissipati e le dicotomie sono state profondamente relativizzate permettendo al fattore umano di venire alla ribalta⁶³. Siamo consapevoli del fatto che qualsiasi meccanismo regolamentare non potrà, di per sé, scongiurare la minaccia di super-individualismi. Quindi facciamo bene a preoccuparci di una nuova cultura giudiziaria incentrata su una deontologia da ripensare. I concetti di fiducia, di auto-limitazione, di collaborazione leale, d’umanità, di trasparenza e di comunicazione rappresentano solo alcuni degli elementi essenziali. Tutti ruotano intorno al concetto originario di *aidos* (che qui intendiamo come «rispetto»), che è stato, insieme alla *dike* (giustizia), il dono di Zeus agli uomini per evitare la discordia nelle città. Con una buona dose di saggezza, Zeus non offrì agli uomini la legge stessa (che varia da una città all’altra), ma il rapporto con la legge, più essenziale, espressa dalla giustizia (*diké*) e il rispetto reciproco (*aidos*). (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P. 717-721)

¹²⁸⁰La tercera parte de la obra, que bebe de una filosofía del Derecho normativa, trata de despejar qué finalidades ha de perseguir el Derecho si pretende cumplir con este programa. He llegado a la conclusión de que tres —y las menciono inmediatamente—: se trata de tres finalidades dialécticamente vinculadas que no pueden pensarse de manera independiente, al tiempo que esa unión entre ellas responde solo a esa idea de las finalidades del Derecho. Asumamos la siguiente formulación: un orden jurídico susceptible de acceder al nivel del tercero (1) define un equilibrio social general con vocación operativa, (2) susceptible de ser impuesto mediante coacción controlada generadora de confianza, y (3) con una naturaleza tal que le lleva a ser cuestionado, al menos hasta cierto punto, en el marco de procedimientos determinados. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.39)

¹²⁸¹Mientras que la voluntad de todos no representa más que la suma o la media de las voluntades individuales, la voluntad general implica la superación o la transformación de estas voluntades individuales; cambiando de nivel pasan a ser del todo —el todo de la ciudad que, al tiempo, supera e integra—. En la medida en que tiene éxito esta «autosuperación», el soberano aparece al tiempo como interno y externo a cada sujeto (algo que explica que en el contrato social cada uno contrate también consigo mismo), y la obediencia al Derecho pasa a ser una manifestación de libertad 57. Estamos entonces a cien leguas de un moralismo complaciente con el bien común; se trata de una condición de posibilidad: sin esta construcción social en dos niveles, sin este desdoblamiento y esta referencia a un tercero, no hay sociedad política («ciudad»), sino un simple agregado destinado a perseguir fines particulares. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.40-42)

meio de uma mediação, e não por uma força bruta, sendo que “...el Derecho jamás se distinguiría de la fuerza al desnudo y de la violencia bruta si no sometiera el ejercicio de la fuerza a una regulación susceptible de someterla al control de un tercero.”¹²⁸², pois “...el Derecho no se reduce a un rule by law, a un uso instrumental al servicio del poder o de la planificación, sino a un rule of law, que significa siempre una distancia entre quien lo utiliza y el instrumento, como si el Derecho tuviera su autonomía, su lógica propia, y fuera susceptible de ser revisado independientemente de la voluntad del agente.”¹²⁸³

A democracia ressignifica o direito pelo processo, o fenômeno conflitológico de interesses amplia os debates já em sua formação nuclear, a qual embasa o objeto do processo, substancializando-o, e em um segundo momento podendo acrescentar sentidos pelo fenômeno contextualizado e posto no objeto do debate.

O Processo viabiliza um profundo debate democrático junto a governabilidade das partes frente as funções processuais, pois, em um primeiro momento, o objeto do processo pode

¹²⁸²La segunda finalidad intrínseca que le hemos de reconocer al Derecho es que asegura que el equilibrio definido en virtud de la primera finalidad sea operativo; no se trata aquí, en efecto, de una discusión académica, sino de la regulación en concreto de los grupos humanos. El compromiso jurídico tiene por vocación tener influencia sobre la realidad y guiar realmente las conductas. Bajo esta dimensión, el Derecho es indisoluble de la coacción: ha de poder imponerse por la fuerza si fuera necesario. Se adivina, sin embargo, que el Derecho jamás se distinguiría de la fuerza al desnudo y de la violencia bruta si no sometiera el ejercicio de la fuerza a una regulación susceptible de someterla al control de un tercero. **La evolución del Derecho, principalmente del Derecho público, ha de comprenderse en este sentido como una profundización constante de la disociación entre la persona del Príncipe que detenta el poder y las concretas prerrogativas asignadas a este poder. El Estado de Derecho, o el régimen del Imperio de la Ley no son sino esta imposición del tercero jurídico en el núcleo del ejercicio de la coacción y de los juegos de poder.** De esta forma, la segunda finalidad a retener (imposición de la coacción) también es susceptible de producir propiedades emergentes (en este caso, el Estado de Derecho basado en la confianza) en la medida en que el mismo acompaña asimismo el movimiento de inscripción en el escenario de un tercero. Y es que la fuerza que moviliza y la paz que produce no son resultado de una fuerza bruta que se imponga sin mediación. Por consiguiente, y al contrario que su imperium, toma prestadas las formas y procedimientos del Derecho. A partir de textos preestablecidos y de roles instituidos, el ejercicio de este poder está, por definición, sujeto a limitaciones y a control. Mejor dicho, no es ejercido sino en el marco de esta habilitación legal, de manera que los gobernantes, que son solo mandatarios públicos, permanecen sometidos al Derecho. En términos de constitución simbólica, esto significa que los mandatos ordenados por los «tú», así como las eventuales sanciones que los acompañan, no son edictos personales que valdrían solo para sus destinatarios (como todos esos de los que los personajes de Kafka se imaginan ser víctimas, de la misma forma que lo era él en su relación con su padre), sino la actualización de una legislación que se imputa a «él». y en relación con la que los «tú» son asimismo destinatarios en el momento en que la situación en que se encuentren caiga bajo la prevista por la ley. Un beneficio suplementario se desprende de esta inflexión que lleva a la autoridad a la perspectiva del tercero: deja entrever la posibilidad de un «cambio de posiciones» (todos potencialmente pueden acceder a las posiciones de poder) en la medida en que esta autoridad encuentra su origen en el respeto a la prescripción legal (el «él») y no en el hecho de tener una cualidad personal (condición natural o estatuto hereditario). Platón y Rousseau, entre otros, han subrayado esta inmensa ventaja del reino de las leyes. Platón: «En una ciudad donde reine la ley sobre los jefes y donde los jefes pasen por esclavos de la ley, es la salud lo que puedo entrever en el horizonte»; Rousseau: «Un pueblo libre tiene jefes y no amos. Obedece a las leyes, pero no obedece más que a las leyes, y es mediante la fuerza de las leyes que no obedece a los hombres». A la inversa de lo que sucedía con la madre priora de Bernanos que pretendía salvaguardar la ley, cuando estamos bajo un régimen jurídico es la ley quien cuida de los hombres. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.45-47)

¹²⁸³OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.45-47.

ser manifestado de forma interpretativa e muito mais abrangente para com a manifestação do que é preterido como tutela de direito. O objeto do processo tem como possibilidade, frente ao debate processual, criar um amplo espaço democrático-participativo por meio do *Jogo Dialético-Dialogal*; este, como diriam os Gregoromanos, é um teatro – representado pelas metáforas vivas, evidenciando a gramática da vida em seus dramas, alegrias e frustrações, exaspera o note do fenômeno; fenômeno conflitual inato a vida: o Processo assim, passa a ser o mistério da vida em si mesmo.¹²⁸⁴

¹²⁸⁴Dans le théâtre comme dans la justice, mais en proportion différente, il y a des éléments de jeu. Si l'idée de jeu est essentielle dans le théâtre à plus d'un titre, du jeu des acteurs à la fonction ludique de la représentation, il ne se réduit pas à des questions de jeu. Si la justice n'est pas un jeu, on y trouve, de plusieurs façons, des éléments de jeu. L'importance des jeux comme phénomène culturel n'avait pas échappé à Marcel Mauss: "Les jeux sont souvent à l'origine des métiers et de nombreuses activités élevées, rituelles ou naturelles, essayées d'abord dans les activités de surplus que constituent des jeux". Mais c'est J. Huizinga qui, le premier, a montré qu'il fallait prendre décidément ce phénomène au sérieux, qu'il avait une fonction sociale, et qu'on en trouvait trace dans toutes les grandes formes de la vie collective, y compris dans le fonctionnement de la justice. Roger Caillois a prolongé et systématisé sa réflexion: "Toute institution fonctionne en partie comme un jeu, écrit-il, de sorte qu'elle se présente aussi comme un jeu qu'il a fallu instaurer, reposant sur de nouveaux principes et qui a dû chasser un jeu ancien". Il y a dans ce texte une double invitation: d'abord dégager la part du jeu dans l'institution, mais aussi, par retour sur ses origines, trouver ce qui s'y joue fondamentalement. En dépit de leur singularisation croissante dans le temps, le théâtre et la justice ont conservé une forte connivence, non seulement dans la représentation théâtralisée du conflit qui structure le procès comme la tragédie, mais aussi dans l'enjeu même de cette représentation. Huizinga et Caillois ont insisté sur le fait que l'action de jeu a pour effet général de rompre avec les règles de la vie courante. Mais dans tout jeu il y a des règles; autrement dit, il y a de la loi, et les règles du jeu créent un ordre qui est simplement un ordre autre que celui de la vie ordinaire; cet ordre s'impose au groupe, et celui qui transgresse les règles ne le fait pas impunément. Des enfants qui inventent un jeu adoptent immédiatement, sans même la stipuler expressément au début du jeu, une règle d'exclusion de celui qui, par son comportement, menace le groupe en tant que groupe de jeu. Ainsi, le tricheur ne détruit pas le jeu, il permet plutôt d'en confirmer les règles, tout comme le délinquant, dans la société globale, conforte à sa manière l'autorité de la loi, serait-ce en lui donnant l'occasion de se montrer. En somme, la Justice reproduit en grand, à l'échelle de la société globale, ce qui se passe de façon primaire dans les jeux d'enfants. En découvrant une forme élémentaire de justice dans le jeu on ne devrait donc pas s'étonner de trouver, réciproquement, une forme et même des formes de jeu dans la justice. Et c'est précisément en se référant à la notion de jeu que l'on découvre cette étonnante proximité de la justice et du théâtre. Mais comment caractériser ces éléments de jeu dans le théâtre que l'on retrouverait dans le procès judiciaire? Caillois a proposé une classification très ingénieuse, fondée essentiellement sur les aspects formels il est vrai, mais tout à fait opératoires. Il distingue les jeux de compétition, les jeux de hasard (aléa), les jeux à masque (mimicry), les jeux de vertige (ilinx). Dans le théâtre et dans la justice, plusieurs formes de jeux peuvent être dégagées, mais il y a un aspect dominant qui doit être mis à part, c'est la structure agonistique de l'une et l'autre instance. Le jeu est presque toujours spectaculaire, souligne Caillois, et le théâtre et la justice ont déjà ceci en commun que d'être un spectacle. Ce phénomène se vérifie dans toutes les civilisations. Les protagonistes s'affrontent verbalement devant un public qui est, le cas échéant, le village, la tribu; dans nos prétoires modernes, quelques personnes assistent généralement à l'audience, et elles sont censées symboliser le peuple au nom duquel, selon les principes, la justice doit être rendue. Le spectacle est minutieusement réglé. Le jeu, comme la plupart des jeux, se déroule sur un espace déterminé. C'est là encore un fait anthropologique. Mauss note que "l'assemblée judiciaire se tient dans un lieu sacré ou qui devient sacré". Dans le chant XVIII de L'Iliade, Homère décrit le bouclier d'Achille sur lequel est représenté un procès: les juges siègent à l'intérieur d'un cercle sacré (hieros kuklos). L'idée du sacré vient ainsi se joindre à l'idée de jeu, et cela ne doit pas surprendre. L'espace sur lequel le jeu est pratiqué apparaît ainsi comme une sorte de cercle magique dans lequel les initiés seulement sont admis à pénétrer: le stade pour les compétitions sportives, le temple pour les manifestations religieuses, le théâtre pour la tragédie ou la comédie, la "Cour" pour la justice. Suivant les modes architecturales, il est d'ailleurs possible que les bâtiments présentent en façade d'étonnantes ressemblances: le classicisme français a donné la même allure de temple grec, avec d'imposantes colonnades et des escaliers monumentaux, à des édifices affectés, celui-ci à la religion, celui-là au théâtre et cet autre à la justice. En ce qui concerne l'aménagement interne, l'analogie est tout aussi frappante; le dispositif sépare toujours le public de l'espace dans lequel évoluent les protagonistes: chœur de l'Eglise, scène du théâtre, enceinte du prétoire. Outre cette séparation, il y a dans chaque espace un décor correspondant à l'activité considérée et qui

comporte, le cas échéant, des autels, des symboles. L'espace de l'audience, tout comme celui de la représentation théâtrale, ne se définit pas seulement par la délimitation de l'élément territorial; il est également déterminé par le temps. L'instance commence à un moment précis, codé par la règle du jeu. Le lever de rideau, les trois coups du théâtre traditionnel, ont leur homologue judiciaire: une annonce, clamée par un huissier, "la cour!", a pour effet de changer instantanément le statut de la séance. Les spectateurs se lèvent, cessent de parler, mais le jeu ne commence véritablement que lorsque le président annonce: "La séance est ouverte". Cet énoncé a pour effet de mettre en oeuvre instantanément le système de règles propre à l'audience. A l'intérieur de l'espace consacré, l'évolution des acteurs suit des règles spécifiques qui dérogent aux pratiques de la vie ordinaire, qu'il s'agisse des gestes, de la parole, de la parure vestimentaire. De même que les acteurs de théâtre jouent en costume, les officiants de la justice sont vêtus d'une toge, d'une chasuble noire, pour rappeler sans doute les origines religieuses de la fonction judiciaire, mais ils évoquent également cette forme de jeu qu'est le mimicry. La justice est un jeu à masque, un jeu de simulacre où les acteurs se déguisent, c'est-à-dire quittent leur identité gulfère et leur apparence ordinaire pour endosser celle d'un personnage symbolique au comportement réglé par un code autre que celui de leurs comportements de la vie courante. M. X n'est plus M. X, mais M. le président ou M. le procureur et, lorsqu'il parle, il ne parle plus en son nom personnel; il tient des propos attribuables à son rôle, non à sa personne. Sur le plan des principes, il doit se "dévisagéfier". Il en va de même pour les avocats, définis par le droit français comme "auxiliaires de la justice", non comme auxiliaires des justiciables qu'ils représentent. Eux seuls vont pleinement participer au jeu, et non ceux dont on peut penser par ailleurs qu'ils sont ou devraient être les principaux intéressés. Le plaideur est en quelque sorte dépossédé de son affaire par l'avocat qui va s'identifier à lui par la nécessité du jeu, et entrer ainsi dans une forme de possession qui évoque fortement certains jeux à masque dans les sociétés primitives. La question du costume n'a rien d'anodin. Dans les jeux à masque, celui-ci ne signifie pas seulement un changement de personnalité pour le porteur; il institue une coupure avec ceux qui n'en portent pas. Il est réservé aux initiés. Dans les sociétés primitives, note Caillois, les masques "transforment les officiants en Dieux, en Esprits, en Animaux- ancêtres, en toutes sortes de forces surnaturelles terrifiantes et fécondantes". Celui qui porte le masque "incarne alors, temporairement, les puissances effrayantes". Il écrit plus loin: "C'est dans les sociétés d'hommes à initiation et à masques distinctifs qu'il convient d'autre part de chercher, à ce niveau élémentaire de l'existence collective, les débuts encore fluides du pouvoir politique". Ceux qui ont un masque sont les initiés (initier, c'est faire passer de l'autre côté du masque, donc démasquer; être initié, c'est avoir le droit de porter le masque, et ainsi de manipuler le mystère). "Les masques sont le vrai lien social" dit justement Caillois. L'idée peut s'appliquer à toute forme de société, avec cette précision: dans une société primitive, le groupe ne se différencie que pendant le temps des fêtes rituelles initiatiques, tandis que les sociétés modernes entretiennent la différenciation par des institutions permanentes, constituées par des initiés représentant les forces obscures, transcendantes, qui maintiennent la cohésion du groupe. Lorsque Caillois dit encore que "les confréries d'hommes masqués maintiennent la cohésion sociale", on peut facilement transposer l'idée pour les gens de justice. Pascal n'a donc pas totalement raison quand il écrit dans *Les pensées* à propos des magistrats: "Leurs robes rouges, leurs hermines, dont ils s'emmailotent en chats fourrés, les palais où ils jugent, les fleurs de lis, tout cet appareil auguste était fort nécessaire; et si les médecins n'avaient des soutanes et des mules, et que les docteurs n'eussent des bonnets carrés et des robes trop amples de quatre parties, jamais ils n'auraient dupé le monde qui ne peut résister à cette montre si authentique. S'ils avaient la vraie justice, et si les médecins avaient le vrai art de guérir, ils n'auraient que faire des bonnets carrés; la majesté de ces sciences serait assez vénérable d'elle-même. Mais n'ayant que des sciences imaginaires, il faut qu'ils prennent ces vains instruments qui frappent l'imagination à laquelle ils ont affaire; et par là, en effet, ils s'attirent le respect [...] Nous ne pouvons pas seulement voir un avocat en soutane et le bonnet en tête, sans une opinion avantageuse de sa suffisance". Peut-être les médecins ont-ils en effet abandonné la soutane du moment que leur discipline est devenue science, et il est vrai que jamais le droit ne deviendra science en ce sens-là. Il faut d'ailleurs s'en réjouir: l'élaboration des lois ne serait plus dès lors que l'oeuvre de spécialistes décrétés savants, et l'on se demande ce qu'il pourrait rester de la démocratie. Sans doute — on peut le concéder à Pascal — les gens de justice tirent de leur toge (et dans certains pays de leur perruque) un moyen d'assurer leur autorité et d'inspirer la crainte et la déférence, mais cette mise en scène a un autre objet, touchant à la fois le symbolique et l'imaginaire. Le costume en effet est un signe, et il est porteur de multiples significations. Il exprime déjà l'idée que l'instance judiciaire obéit à d'autres règles que la vie ordinaire, tout de même que l'indique le langage. L'instance judiciaire incarne des règles qui sont au-dessus de la société, et elle les représente: elle apparaît ainsi comme étant essentiellement une mimesis, ce qui signifie pour les Grecs imitation, représentation, action de figurer. Ainsi les juges, du fait de leur initiation attestée par le costume, figurent la Justice, laquelle ne peut pas être identifiée à des hommes ordinaires. Leur rôle consiste précisément à agir en son nom, à la représenter, et ils parlent, pour ce faire, suivant un code linguistique approprié. La langue utilisée dans le procès ne se réduit pas à la langue du droit; c'est une langue ritualisée qui comporte des formules consacrées, caractéristiques de l'acte judiciaire. Benveniste a bien montré que la *diké* des Grecs, comme le *ius* des Romains, sont des formules — initialement des formules sacrées —, et que le rôle du juge est de posséder et d'appliquer ces formules. Telle est bien, en effet, la signification primordiale de *dicere ius*. L'analyse linguistique trouve de

A solução seria reconhecer que o direito é, de fato, um modo de exploração do ser, um modo particular de existência, e que possui sua própria ontologia, que engendra seres humanos sem ter sido feita por eles, que pertence a uma prestigiosa categoria de <factiches>. Isso faz o que nenhum outro regime de enunciação faz: ele acompanha todas as desenvolturas, reconfirma incansavelmente as declarações aos seus enunciadores, através das perigosas rotas de assinaturas, arquivos e textos.¹²⁸⁵

A realidade jurídica encontra-se nas decisões judiciais, nos Tribunais¹²⁸⁶ *“Para tornar o estudo do direito mais relevante e mais vivo, é preciso que haja uma reintegração das teorias sociológica, política e jurídica. Caminhando nessa direção, tentamos reformular as questões*

multiples confirmations dans les travaux des anthropologues. Le rituel, dont Huizinga a montré ce qu'il devait au jeu, se retrouve ainsi dans le judiciaire, dans le théâtral et dans le religieux. Il est vrai qu'il ne s'agit pas d'univers séparés dans nombre de civilisations primitives. Cette dépersonnalisation du juge dans l'oeuvre judiciaire est bien mise en évidence par la réaction invariable à l'encontre de tout ce qui apparaît comme une erreur judiciaire manifeste. Comment réagir à l'égard de l'erreur d'une institution dont les énoncés ont force de vérité légale (la fameuse règle *res judicata pro veritate habetur*), sans la compromettre tout entière? En admettant à cette occasion que la justice est rendue par des hommes, et que ceux-ci peuvent être victimes de leur faiblesse. Ainsi le monde est sauvé : il suffit de retirer le masque du juge et de découvrir son visage. Ce qui confirme, du point de vue de l'institution, que le juge n'est pas une personne au sens moderne, dotée d'une subjectivité, mais un personnage au sens antique et théâtral de *persona*, mot qui désignait d'abord le masque des acteurs, puis le personnage, le rôle. Un homme s'est trompé parce qu'il a jeté le masque, oublié son rôle ; la justice préserve ainsi le masque de la vérité. C'est donc par métonymie que le tribunal est souvent désigné comme la Justice. Il n'est pas la Justice. Il la représente. La Justice parle par sa bouche; il est un médium. Il doit trancher un conflit qui oppose des hommes, mais c'est elle qui doit inspirer la sentence. Dès lors, parce que l'espace judiciaire est un espace consacré à la Justice, l'instance n'est pas le lieu du conflit, mais celui de la représentation du conflit. Il ne se développe pas "en vrai" ; le prétoire n'est pas la rue. Aussi le conflit ne peut qu'être représenté ; il est joué, ou plutôt rejoué. C'est dans le jeu des acteurs que le procès rejoint le plus profondément le théâtre. On retrouve ici la notion de *mimesis*, primordiale dans le théâtre, nullement secondaire dans la justice. Elle est fondée sur l'instinct ludique qu'Aristote avait souligné dans le chapitre IV de *La Poétique* : "Dès l'enfance, les hommes ont, inscrites dans leur nature, à la fois une tendance à représenter — et l'homme se différencie des autres animaux parce qu'il est particulièrement enclin à représenter et qu'il a recours à la représentation dans ses premiers apprentissages — et une tendance à trouver du plaisir aux représentations". Mais ce jeu de la *mimesis* n'est pas le seul qui soit en scène, il est constamment mêlé à un autre type de jeu, *Vagôn*, qui véritablement structure l'audience comme il structure la tragédie. (SOULIER, Gérard. *Le théâtre et le procès. Droit et Société*, vol.17, n.º1, 1991.Pp. 9-14)

¹²⁸⁵The solution would be to recognize that law is indeed a mode of exploration of being, a particular mode of existence, and that it has its own ontology, that it engenders humans without being made by them, that it does belong to a prestigious category of 'factishes'. It does what no other regime of enunciation does: it keeps track of all disengagements, to tirelessly reconnect statements to their enunciators, via the perilous routes of signatures, archives, texts and files. (LATOURE, Bruno. *The Making of Law*. Malden: Polity Press, 2010. P.276)

¹²⁸⁶... la realidad jurídica há de encontrarse en las decisiones judiciales, esto es, en las acciones que éstas realicen en la relación con las controversias que les sean sometidas para su solución. Vamos exponer, en su forma más persuasiva, los argumentos que pueden ser esgrimados en favor de esta tesis. Aunque la mayor parte del Derecho hoy en día se presenta bajo su forma legislativa, ésta no es aplicada a los hechos humanos por el poder legislativo que lo crea. Este trabajo de aplicación le corresponde a los tribunales. Es en el interior de éstos en donde se produce, por consiguiente, el enlace entre la vida y el Derecho. Es aquí el lugar en donde la palabra se hace acto y es en el lugar en donde la palabra se hace acto y es en el transcurso del proceso que la palabra adquiere un significado que se identifica con su proyección en el dominio del actuar humano. (FULLER, Leon. *Anatomía del Derecho*. Caracas: Monte Avila, 1969. P. 24-25)

*de jurisprudência de uma perspectiva sociológica. Dessa perspectiva, teorias filosóficas concorrentes são vistas como reflexos da diversidade de experiências sociais e jurídicas.*¹²⁸⁷

O processo reflete a partir do Estado Ativo Responsivo uma revitalização da dinâmica do direito, moldurada pela democracia participativa “...**la revolución se transporta al juicio, y la antítesis inconciliable se compone en la fórmula: juicio revolucionario, proceso revolucionario, tribunal revolucionario.**¹²⁸⁸, pois a dinâmica processual desvela o fenômeno conflitológico de interesses, dado que “...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.”¹²⁸⁹ O processo - podendo ser tido como um *ritual* - é importante para com a manutenção do poder político dos Estados¹²⁹⁰, servindo de espaço para discussão e criação democrática do direito.¹²⁹¹

¹²⁸⁷NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 42-43.

¹²⁸⁸SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. P. 14.

¹²⁸⁹A concepção jurídica moderna opõe-se ao comunitário, tanto na 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, Ovidio Baptista da. **Processo e Ideologia**. São Paulo: Forense, 2004. P. 303-305)

¹²⁹⁰El ritual habitualmente comprende una puesta en escena, la cual requieren de espectadores. (...) El ritual se alimenta a través de la participación. (CHASE, Oscar G.. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 157 e 159)

¹²⁹¹A defesa de direitos não aceita a lei como fato consumado. Ela se vale de todos os recursos de análise jurídica para defender a aplicação de uma regra de preferência a outra, para justificar uma interpretação especial, para invocar proteções, para reconstruir fatos de modo a favorecer a sua causa. Assim fazendo, incentiva a afirmação dos próprios direitos e a crítica minuciosa da autoridade existente. A longo prazo, isso acaba por instilar na ordem jurídica uma dinâmica de mudança e a criar expectativas de que o Direito possa responder de maneira flexível a novos problemas e novas demandas. Ascende assim no horizonte a concepção de possibilidade de uma ordem jurídica responsiva, mais aberta à influência da sociedade e capaz de lidar de maneira eficaz com os problemas sociais. (NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 120)

2 - Da Ressignificação do Princípio Dispositivo <Constitucionalizado> e sua ampliação dos Horizontes pelo Contraditório: do fenômeno conflitológico de interesses como gênese Processual para a criação do Direito

exige nuevas soluciones jurídicas capaces de atender de forma adecuada a las nuevas realidades. La imperiosa necesidad de cambio obliga a los procesalistas a ir evolucionando en sus concepciones y huir del mayor número de reglas que, presuntamente, tengan un carácter inmutable.¹²⁹²

A ressignificação do princípio dispositivo¹²⁹³ e do princípio contraditório desvela dois importantes pontos sobre a natureza destes princípios processuais; pontos que necessariamente interconectam-se e juntos denotam a essencialidade destes à dinamicidade do processo civil: uma necessária discussão sobre o princípio dispositivo e contraditório em perspectiva constitucional, e o segundo ponto a colocação da evidência da natureza fundamental de ambos no processo, frente à presente teorização do Direito Processual Civil, pois ambos expressam a filosofia política do Processo, por expressarem a filosofia política, devem, na atualidade, adequar-se a um cenário Democrático-Participativo e Constitucional.

Para compreender a dimensão do direito contemporâneo, é necessário compreender o contexto marcado por alguns fenômenos: a concepção do que denominamos “democratização da democracia”; segundo, uma importante ascensão do poder dos juízes (e a conseqüente perda de força do monopólio do legislador quando da determinação do interesse geral) e, por fim, a grande gama de conflitos – denominados fenômenos conflitológicos de interesse – que possuem no Judiciário uma porta de entrada para seu reconhecimento e a devida prestação/restauração de uma situação de interesse. Esse cenário foi influenciado pela constitucionalização do direito e o atual mosaico social.¹²⁹⁴

¹²⁹²RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P. 15.

¹²⁹³En la actualidad, si bien el juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales en quien dirige el proceso, bien entendido está que esa dirección se refiere a las que se han denominado facultades procesales, sin influenciar en lo que puede ser el resultado del proceso. Existe un debate de ideologías procesales entre el denominado “garantismo procesal” y el “activismo o solidarismo procesal”, pero, dicho debate se ha centrado en el aspecto técnico del proceso con relación a las facultades materiales de dirección del proceso, en la distinción de un proceso “inquisitivo” que respondería a una supuesta ideología “totalitaria”, y entre un proceso “dispositivo” que correspondería a una supuesta ideología “liberal”, que responde sólo a una visión del fenómeno procesal en el aspecto técnico, el cual se debería reorientar en una visión más integradora y global, hacia el proceso como consecuencia de una política de Estado. (BENAVENTE, Omar Sumaria. **Sistemas Procesales: El sistema de la tutela Jurisdiccional y la Relación con el Sistema Político**. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, Perú, vol.3, n.º 1, Pp 1-20, 2009.P. 12-13)

¹²⁹⁴El favor del que disfruta la dimensión «de confrontación» del Derecho contemporáneo —una cierta naturaleza interrogativa y como si estuviera siempre en suspenso— ha de comprenderse en un contexto marcado por tres

Com a constitucionalização do direito processual expressados, em um primeiro momento, pela jurisprudencialização do direito; já, em segundo momento, pelo próprio texto dos códigos processuais -, fruto do movimento de constitucionalização do direito pós segunda guerra, ganha amplitude e apoio da ciência do direito para transcender sua estrutura e sua função, pois o processo passa a ser o palco dos debates sociais politizados e postos a uma dinâmica atividade que expõe-se como democracia participativa.¹²⁹⁵

Teorizações que tratam acerca de novas visões do princípio dispositivo e do contraditório são difíceis de serem encontradas, de modo que o núcleo de ambos não tem evoluído em sua ideia essencial, ignorando a incessante constância das dinâmicas sociais que hoje vivenciamos. Restou demonstrado que o Processo adere na atualidade politicidade em seus debates e nas suas teorias, bem como aquela democracia de marca substancial aos institutos, de modo que o indivíduo passa a ser cidadão ativo. Na visão clássica, o juiz não conseguia chegar próximo do conteúdo substancial social, afastado em razão da rigidez na aplicação do direito reduzido à lei.¹²⁹⁶

Desse modo, questionar o conceito tradicionalmente aceito de ambos os princípios é colocar em evidência a constitucionalização do Processo absorvida pela Reforma dos Códigos

fenómenos entretidos: una concepción de la Democracia basada en la dignidad de los individuos más que sobre la soberanía de los Estados, un importante ascenso del poder de los jueces (y la pérdida correlativa del monopolio del legislador en la determinación del interés general), y también la importancia creciente de las instancias y jurisdicciones supranacionales en la producción del Derecho —los tres fenómenos se fortalecen mutuamente por la presencia de los otros — Fundamentando estos tres fenómenos: la prevalencia reconocida de los derechos del hombre. Con ellos, el Derecho positivo ha integrado como propios esos valores que en otro momento proporcionaban instrumentos externos a él para la impugnación del que era objeto. Al tiempo indeterminados en su contenido, y de un alcance que no termina de extenderse (principalmente por lo que a sus exigencias añadidas se refiere, la efectividad y la igualdad de disfrute), los derechos del hombre se han convertido en una palanca poderosa para cuestionar el Derecho positivo, y particularmente la ley, cuya validez se ha visto precarizada y aparece desde entonces condicionada a ellos. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp 15-48, 2017. P.45)

¹²⁹⁵Na fase mais recente da ciência processual, avistam-se, de outro lado, claros sinais de uma postura distinta nos enfrentamentos do princípio do contraditório e do processo. Após a Segunda Guerra, manifesta-se uma nova sensibilidade com a problemática do juízo. Escrevia o último Carnelutti: nós havíamos estudado, com muita delicadeza, as relações jurídicas nas quais se entrelaçam os vários sujeitos do processo [...], mas as nossas ideias são muito menos claras qno que se refere ao que seja julgar”. É a proposta, portanto, a questão quid est iudicium? E se observa que o processo não pe outra coisa além da formação do juízo. Vista em perspectiva, a sugestiva exorsração “tornemos ao juízo” representou um claro sinal do despertar do interesse do jurista para os mecanismos de formação do juízo e, antes de tudo, para o contraditório e a colaboração das partes na investigação da vedade. Assim, dada a íntima natureza comum entre o processo e o juízo, é aberta de tal maneira a via para recuperar juízo e contraditório e deles fazer, mais uma vez, os momentos centrais da experiência processual. [...] (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 140-143)

¹²⁹⁶Cosí, affinché il diritto, dalla coscienza sociale in cui vive allo stato inorgânico, possa giungere a trasformarsi in sentenza, occorrono qui due tappe ladovve nelle consociazioni primitivi bastava una tappa sola: trai il giudice e il diritto, che nella sua realtà sociale è qualcosa di vivo, di mutevole, di pieghevole, si è frapposto ormai uno schermo rígido e fisso, che si chiama la legge, dalla quale il giudice non può torcere gli occhi per paragonarla colla società di cui essa si disse espressione, per accertarsi se veramente essa abbia tenuto conto di quegli interessi e di quei sentimenti collettivi, che dovrebbero formare il suo contenuto sostanziale. (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 15)

Processuais Civis. A Constitucionalização do Processo ocorreu em um primeiro momento com o advento da Jurisprudência exarada pelos Tribunais, que atribuía aos institutos processuais interpretação Constitucional. Já, em um segundo momento, a constitucionalização do processo ocorre com as Reformas do Códigos de Processo Civil, a exemplo do Brasileiro, Português, Francês, Alemão e muitos outros, onde a epistemologia Constitucional solapa a visão clássica do princípio dispositivo e projeta novos horizontes de possibilidade.¹²⁹⁷

O Processo Civil exterioriza em suas reformas processuais impactos diretos na governabilidade processual. A governabilidade processual, frente à administração da justiça, equipara o juiz às partes, e todos constroem a decisão judicial, reflexo do que corresponde à reconfiguração e ressignificação processual pelos princípios do contraditório e do dispositivo, pois ambos aderem à epistemologia Constitucional.^{1298, 1299}

O Processo Civil apresenta gradual e constante evolução, pois não há *mais espaço para uma visão hermética de seus institutos, como se fossem ferramentas que trabalham mecanicamente em função de sua própria engrenagem*¹³⁰⁰, por advento acaba se exigindo novas soluções jurídicas capazes de atender de forma adequada as novas realidades¹³⁰¹, por derradeiro, tem-se como fator basal a Constitucionalização¹³⁰² dos preceitos Processuais que passa a assumir postura de veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema, voltada

¹²⁹⁷Isto posto, o Processo Civil frente às novas ondas renovatórias, apresenta-se sensível às variações particulares da ideologia imperante, especialmente as oscilações entre as correntes processuais privatistas, publicistas ou sociais. O princípio dispositivo sempre voltou-se a essas ideologias, dimensionando-se via os ofícios inquisitoriais totalitários ou a ofícios adversariais; entretanto, postula-se por meio do ora trabalho, que não há mais espaço em uma democracia para os *slogans* que etiquetam-se a essas posições.

¹²⁹⁸DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. P. 21-22.

¹²⁹⁹En la actualidad, si bien el juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales en quien dirige el proceso, bien entendido está que esa dirección se refiere a las que se han denominado facultades procesales, sin influenciar en lo que puede ser el resultado del proceso. Existe un debate de ideologías procesales entre el denominado “garantismo procesal” y el “activismo o solidarismo procesal”, pero, dicho debate se ha centrado en el aspecto técnico del proceso con relación a las facultades materiales de dirección del proceso, en la distinción de un proceso “inquisitivo” que respondería a una supuesta ideología “totalitaria”, y entre un proceso “dispositivo” que correspondería a una supuesta ideología “liberal”, que responde sólo a una visión del fenómeno procesal en el aspecto técnico, el cual se debería reorientar en una visión más integradora y global, hacia el proceso como consecuencia de una política de Estado. (BENAVENTE, Omar Sumaria. Sistemas Procesales: El sistema de la tutela Jurisdiccional y la Relación con el Sistema Político. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, Perú, vol.3, n.º 1, Pp 1-20, 2009.P. 12-13)

¹³⁰⁰MELO. Gustavo de Medeiros. **O Acesso à Justiça na Perspectiva do Justo Processo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. 1ª Ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. P. 684.

¹³⁰¹RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P. 15.

¹³⁰²[...]significa el desenvolvimiento de un precepto constitucional, expuesta ampliamente a lo largo de este trabajo, no significa una idea totalmente nueva ni un plan político a desenvolver en el futuro. Significa una elemental apreciación dogmática del derecho vigente y una observación directa de la realidad actual. (COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores. P. 94)

a implementação e a eficácia dos direitos fundamentais (garantir, assegurar e efetivar os direitos fundamentais)¹³⁰³.¹³⁰⁴

Revela-se no princípio dispositivo, ressignificações profundas e projetadas pela filosofia política hodierna: a colaboração reativa das partes, o contraditório constitucionalizado, a boa-fé processual, a satisfatividade normativa das demandas e, ainda, projeta-se a fundamentação da decisão em sua *endoprocessualidade* e, quanto à responsabilidade sociopolítica, em sua *exoprocessualidade*, pois o texto produzido com a decisão judicial ganha morada nos contextos sociais como adaptação existencial de sujeitos de necessidades, que exaspera conflitos policêntricos¹³⁰⁵.

Propor-se-á compreender o conceito de princípio dispositivo e contraditório junto à colaboração/cooperação processual, expressada pela ideia posta de colaboração reativa, que

¹³⁰³COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do Juiz, Processo Civil e suas Relações com o Direito Material**. Volume 2. Coleção Estudos de Direito em Homenagem ao Prof. Darci Guimaraes Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. P. 60-61.

¹³⁰⁴A moderna filosofia do direito constitucional estabeleceu um corte metodológico no estudo e na compreensão do processo civil contemporâneo. Não há mais espaço para uma visão hermética dos institutos processuais, como se fossem ferramentas que trabalham mecanicamente em função de sua própria engrenagem. Como método de pensamento, a análise que se faça atualmente sobre qualquer assunto do direito processual civil deve ser monitorada de perto pela garantia do acesso à justiça, que tem hoje dimensão internacional no contexto dos direitos fundamentais. O processo se tornou um instrumento ético de democratização das decisões do Estado, assumindo de vez a postura de veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema constitucional que institui o Estado Democrático de Direito. (MELO, Gustavo de Medeiros. **O Acesso à Justiça na Perspectiva do Justo Processo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.), **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P.684)

¹³⁰⁵El ejemplo de la telaraña permite visualizar dos elementos distintivos del caso policéntrico: 1) la potencialidad de la decisión judicial para expandir su impacto fuera de los actores procesales; 2) la consideración de los intereses o pretensiones individuales como parte de un sistema íntimamente interconectado de relaciones múltiples. Fuller proporciona, además, otra metáfora que refleja nítidamente esta última idea de sistema interconectado, y que además pone el acento en la subordinación de las partes individuales a la estructura que las conecta con las otras pretensiones. El autor propone imaginar que los reclamos individuales en un conflicto policéntrico son como reclamos en relación a las vigas de un puente. Lo que reclamaría un demandante, por ejemplo, es que una viga sea colocada en cierto ángulo en relación al puente (por ejemplo, a 80 grados). Pero para responder a ese reclamo, reflexiona Fuller, es necesaria una idea previa del “puente” como un todo. Sólo de esa idea global puede surgir la respuesta a la pertinencia o no del reclamo individual. En definitiva, la extensión de cada ángulo de las vigas del puente dependerá del diseño del puente, o de una particular visión del diseño e implementación de la obra, es decir, de una idea que podemos empezar a llamar “estructural”. Así las cosas, cualquier pretensión individual en un caso policéntrico depende de la definición previa del interés común, o de la litis como un todo. Ambas metáforas sugieren una idea clave para la definición del litigio estructural, la que es útil visitar. Se trata de que al racionalizar las pretensiones individuales como partes de un todo (el puente), las pretensiones del reclamante pierden su preponderancia o prelación en la definición del conflicto. Así, cuando la controversia judicial se define de esta manera -a partir de un todo que no depende del interés o perspectiva de las partes-, es cuando advertimos que un caso judicial tiene una fisonomía policéntrica y, por tanto, estaremos ante las condiciones que son propias de lo que aquí estipulamos como litigio estructural. Ahora bien, esta racionalidad del conflicto desafía tanto al principio procesal dispositivo, como al principio de congruencia y al principio inter alias. En un caso policéntrico el interés individual en el todo ya no puede ser la medida de la acción procesal, ni de la respuesta judicial, como lo es en la racionalidad de un conflicto bipolar. La idea misma de un interés colectivo que trasciende las pretensiones individuales, entra en conflicto con la del monopolio procesal en manos de aquellos que actúan movidos por su interés individual en el todo. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 21-22)

quebra o sentido eminentemente liberal e individualista apregoado ao princípio dispositivo em sua versão clássica. Utilizar-se-a o princípio dispositivo em sua versão tradicional/clássica como impossibilidade de reestrutura também do princípio contraditório, uma vez que o dispositivo e sua conexão inexorável ao objeto do processo é o responsável por impedir a abertura ao objeto do debate processual (contraditório) e à criação¹³⁰⁶ do direito objetivo processual.

Assim, a versão clássica do princípio dispositivo está atrelado diretamente com a ideologia liberal (Proteção negativa frente ao Estado). O cidadão posto em uma sociedade liberal rompe com a filosofia (Aristotélica) marcada pela justa distribuição dos bens e convivência comunitária eminentemente pública, onde o ser é construído a partir da vinculação com a sociedade e cujo comportamento está determinado em sua convivência junto à sociedade, a qual determina o sentido estrito do curso de ação pela moral social.¹³⁰⁷

¹³⁰⁶El concepto de producción jurídica ilustrado hasta aquí es la piedra angular de la clasificación de las funciones estatales, que, a su vez, constituye el presupuesto conceptual de la doctrina de la división de poderes en sus diversas variantes. 1) En primer lugar, la producción del derecho se distingue de la ejecución del derecho. 'Ejecución del derecho' designa todo comportamiento material que constituya obediencia a una norma (que no esté dirigida a los ciudadanos privados sino a los órganos del estado). 2) En segundo lugar, la producción del derecho se distingue de la aplicación del derecho. 'Aplicación del derecho' denota la actividad consistente en crear preceptos singulares y concretos de conformidad con normas (generales y/o abstractas) preconstituidas. Debe señalarse que la distinción entre producción, aplicación y ejecución no es nítida. En efecto, es necesario distinguir al menos dos tipos de aplicación del derecho. a) La aplicación es discrecional -y en esto se parece a la producción- siempre que la norma a aplicar no predetermine enteramente el contenido del precepto singular y concreto que descende de ella. Esto sucede, típicamente, cuando la norma a aplicar tiene una estructura teleológica, es decir, prescribe la persecución de un fin, dejando al órgano aplicador la elección de los medios idóneos para conseguirlo. Así, son muchos los preceptos posibles que constituyen aplicación de la norma: tantos como medios disponibles para conseguir la finalidad prescrita. En este sentido, es discrecional la aplicación del derecho por parte de la administración pública. b) La aplicación está predeterminada -y en esto se parece a la ejecución- si la norma a aplicar prevé enteramente el contenido del precepto singular y concreto que descende de ella. De este modo, hay un sólo precepto que constituye aplicación de la norma. En este sentido, la aplicación jurisdiccional del derecho está predeterminada (si se hace abstracción de la discrecionalidad inherente, por ejemplo, a la determinación cuantitativa de la pena). La aplicación jurisdiccional del derecho, en efecto, es concebida en el pensamiento jurídico moderno a la manera de Beccaria, es decir, como un razonamiento silogístico -y en consecuencia como una operación puramente lógica y cognitiva- en el cual la premisa mayor es una norma preconstituida ("Todos los asesinos deben ser sancionados"); la premisa menor es una aserción empírica que subsume un supuesto de hecho concreto en la clase de los supuestos de hecho disciplinados por esa norma ("Ticio es un asesino"); y la conclusión es un precepto singular y concreto ("Ticio debe ser sancionado") (GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo**: Estudios de teoría y meta teoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999. P. 83-84)

¹³⁰⁷La sociedad como contexto determinante de la identidad hace alusión de manera puntual a gran parte de las características de las sociedades 'antiguas' (o premodernas) en sentido estricto. Un ejemplo de ello, lo podemos encontrar en la antigua Grecia em donde sólo era posible ser alguien en lo público y de esa forma la identidad estaba fuertemente ligada a la acción de pertenecer a una colectividad. Esto significa que la vivencia de lo público, entendido como lo común, fundamenta la vivencia de los individuos desde una forma particular de concebir los valores que rigen la vida individual en función de los grupos que se convierten, siguiendo a G.H Mead, en los otros significantes. En otras palabras, lo que se vislumbra con el ejemplo de los antiguos griegos es la manera como la existencia colectiva determina la vida individual. La esfera pública griega es el mejor ejemplo de cómo una sociedad fundamenta prácticas que circunscriben a sus miembros en unos roles precisos que no cambiarán por voluntad propia sino, por el designio de una voz colectiva. (TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofía. P.7-8)

De outro lado, na modernidade, o individualismo liberal transforma o conceito do homem, tornando-o sujeito de ação frente à sociedade, desapegando-o do sentido contrário identitário, que anteriormente afirmava que a sociedade determinava sua ação. Esse novo conceito, para além de considerar o ser como sujeito que atua politicamente junto a um coletivo, conta com a proteção do Estado para realizar o projeto pessoal de vida, que não depende do pertencimento em uma comunidade. A perfeita utopia liberal baseia-se em retirar a discussão das praças públicas e reduzi-la ao conhecimento do Direito pela autoridade, baseada no legislador como produtor da norma e do juiz como aquele que declara a norma. Assim, o liberalismo “resolve” o problema dos fenômenos plurais por meio de uma atitude neutra, retirando resquícios políticos.^{1308,1309}

Dessa maneira, uma grande herança dessa visão é a conexão do princípio dispositivo a um sentido eminentemente liberal, atrelado junto ao processo pela motivação, pela congruência e pela impossibilidade de discricionariedade, o que por muito impediu visualizar as possibilidades que o processo pode trazer à Democracia.

O afastamento do direito como Lei é a resposta de uma grande crise que se arrasta na sociedade há tempos. A sociedade passou por profunda crise manifestada pelas massas pela não absorção do direito legal em seu cotidiano, pois o direito servia às elites Burguesas e Aristocráticas. As massas têm sede de justiça e desconfiam da arquitetura imposta pelo direito positivo. A crise da Lei é um fenômeno que incide junto a crise da liberdade, e é natural a contradição entre a liberdade e a justiça legal, pois as massas tem a impossibilidade de racionalizar os fenômenos intersubjetivos, pois consideram seus atos irracionais. Importante destacar que *a justiça venha ser reivindicada contra a legalidade*. Então, isso torna-se refúgio daqueles que não podem ser livres e não adquirem juridicidade para a exercício de direitos

¹³⁰⁸TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofia. P.61.

¹³⁰⁹ RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

frente ao Judiciário.^{1310,1311,1312} Fenômeno esse foi amplo e acabou arquitetando as bases publicistas e sociais da ciência processual.¹³¹³

Conforme muito bem demonstram diversos estudos de eminentes sociólogos, o direito existe antes da norma, o que faz com que seja repensada a teoria em seu sentido clássico. Não é por outra razão que do nascimento da teoria do fato jurídico, somente 6% da população utilizava do direito, dado que este respondia somente à classe dominante, cenário que veio a mudar somente posteriormente, com a constitucionalização do direito, onde restou acrescido ao direito valores como justiça social e valores sociais, chamado “sociologismo do direito”¹³¹⁴. Busca-se justiça social para a massa que não era atingida pelas ideologias liberais da época, como resposta ao velamento do sujeito.

Nesse sentido, em seus livros transdisciplinares, menos conhecido que suas obras dogmáticas¹³¹⁵, Pontes faz esboços do que acredita ser o direito, qual seja a partir de um ponto intermediário entre o estático e dinâmico – para que assim ocorra a segurança social, diferente da segurança jurídica que a sociedade apregoou-se. Acredita-se que esta consideração de Pontes faz com que seja possível uma releitura da teoria do fato jurídica clássica para outra que absorva de forma mais ampla a dinâmica do existir. Com a análise, a sociedade é o direito e alimenta o direito.

¹³¹⁰Si `osservato che le masse non hanno la passione della legalità, la quale è cosa delle classi medie e borghesi, hanno invece sete di giustizia e diffidano del diritto positivo. La crisi della legge è infatti un aspetto della crisi della libertà ed è naturale data la contadizione tra libertà e giustizia per l'impossibilità in cui le masse si trovano di concepire la prima e per l'idea irrazionale e mistica che si fanno della seconda. È naturale che contro la legalità sia rivendicata la giustizia. Allora questa diventa il rifugio di chi non sa o non può essere libero. (SFORZA, Widar Cesarini. **Crisi della libertà e crisi della legge**. in AA. VV., *La crisi dei valori*. Roma: Partenia, 1945, Pp.43-56. P.56)

¹³¹¹ORTEGA Y GASSET, Jose. **La Rebelion de las Masas**. Barcelona: Espasa Libros, 1999.

¹³¹²MENGER, A. **El Derecho Civil y los Pobres**. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

¹³¹³O empenho em publicizar o processo é, contudo, limitado pelo círculo finito da conveniência ditada pelo equilíbrio de exigências opostas. Em um extremo publicista, ter-se-ia o exercício espontâneo da jurisdição e a plena inquisitorialidade do curso do procedimento, o que viria a contrariar os conspícuos fundamentos éticos e históricos do princípio da demanda e do dispositivo. (DINAMARCO, Cândido R. **Instrumentalidade do Processo**. 14 Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 61)

¹³¹⁴El proceso, en tanto que fenómeno social, ha sido campo más propio para la investigación sociológica del derecho. Incluso, en el tereno de la filosofía del derecho, hay una clara tendencia que sostiene que el proceso es el elemento esencial del derecho y que hace residir el carácter de la juridicidad en la posibilidad de promover un juicio en el cual el juez intervenga como tercero entre las partes (FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad**. In: KAPLAN, Marcos (Compilador). **Estado, derecho y sociedad**. Segunda Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. P. 174)

¹³¹⁵MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade**: os três caminhos. São Paulo: Saraiva, 1979; MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Garra Mão e Dedo**. São Paulo: Bookseller, 2002; MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. São Paulo: Bookseller, 2005; MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Margens do Direito**. São Paulo: Bookseller, 2005; MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. São Paulo: Bookseller, 2008.

A ressignificação do dispositivo, nesse sentido, tem influência direta no dualismo direito público e privado (ocorrendo a aproximação de ambos), dado que nasce a teoria do fato jurídico com amplo caráter privado, cenário alterado com a constitucionalização do direito, pois a teoria absorve fluxos das correntes publicistas e sociais do direito. O direito não é mais de uns, o direito é de todos. Os paradigmas do direito passam por um período de transição do antigo paradigma científico cartesiano, que vincula a realidade é lei num simples silogismo, pela complexidade social, que requer desse sistema muito mais do que o silogismo. Requer uma sociedade que pense e repense suas estruturas e que isso tenha reflexo imediato e direto no direito.

A esse sujeito de necessidade, posto na Democracia – e por esta razão ganhando um senso de subjetivação -, é reconhecido que sejam alcançados seus interesses, o que se dá a partir da junção do Processo com a Democracia Participativa: o que vai desde a construção do objeto do processo substancial, manifestado pela normatividade interpretativa que amplia-se pelas situações jurídicas substanciais e que passa o processo ampliar-se em um jogo dialético-dialogal; ao objeto do debate processual, não mais calando, mas sim abrindo sendas ao direito e construindo a sua gênese: A natureza fundamental do princípio dispositivo é alterada quando assegurada a *colaboração reativa*. A *colaboração/cooperação* denominada reativa consiste em uma conexão entre a sociedade, que se exaspera pelo processo pela participação. Admitindo-se esse sentido, supera o Processo a Ciência apregoada ao dedutivismo, fruto da concepção estática do processo, e projeta-se o Processo como sendo uma indução produtora de novas possibilidades.

O Processo adere em seu conceito a dinamicidade, reflexo da complexidade social dimensionada pelos fenômenos conflituais contextuais. Essa dinamicidade é elevada pela democracia participativa em um jogo dialético-dialogal processual, garantido pelo princípio dispositivo e pelo princípio do contraditório, ambos Constitucionalizados, ressignificados em suas funções e estruturalmente.¹³¹⁶ A grande ruptura e a centralidade de ressignificação do

¹³¹⁶Per bene intendere il contenuto e l'oggetto della nostra scienza noi dobbiamo, innanzi tutto, determinare il concetto di processo civile. Processo è un termine generico che non è proprio ed esclusivo del linguaggio giuridico ed, in particolare, del linguaggio che riguarda la scienza del diritto processuale civile. Secondo una accezione generale si chiama processo il momento dinamico di qualunque fenomeno, cioè ogni fenomeno nel suo divenire. Abbiamo così un processo fisico, un processo chimico, un processo fisiologico, un processo patologico, tutti modi di dire che stanno a rappresentare un momento della evoluzione di una qualche cosa. Nel nostro caso, processo è lo svolgimento di una delle tre funzioni fondamentali dello Stato: la funzione giurisdizionale o giudiziaria, sulla quale ci siamo a lungo intrattenuti. Potremo quindi definire il processo civile il complesso delle attività degli organi giurisdizionali e delle parti, necessarie allo svolgimento della funzione giurisdizionale civile. E poiché noi sappiamo che la funzione giurisdizionale ha per scopo la realizzazione degli interessi, tutelati dal diritto, in caso di incertezza della norma che li tutela o di inosservanza della norma stessa, potremo dire che il processo civile è il complesso delle attività necessarie allo svolgimento della funzione giurisdizionale civile, cioè il complesso delle

princípio dispositivo alcança a Administração da Justiça, esta tida como função processual que é balizada pelas garantias constitucionais do Processo^{1317,1318,1319}, aqui dimensionadas a construção de novos horizontes a função e estrutura dos “princípios do contraditório e do dispositivo”¹³²⁰, ambos reformulam os ofícios das partes junto a Administração da Justiça em uma governança processual das partes, a qual reconduz a função jurisdiccional, admitindo assim

attività degli organi giurisdizionali e delle parti necessarie all'accertamento o alla realizzazione coattiva degli interessi tutelati dalle norme giuridiche, in caso di incertezza o di inosservanza delle norme stesse. (ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Vol. I. Parte Generale. 2 ed. Roma: Editrice Torinesi, 1966. P. 110-111)

¹³¹⁷Contudo, necessita o Processo harmonizar seus conceitos à realidade constitucional, assim deve sistematizar a Constituição “no” Processo, por via de três grupos, valendo colacionar o ensinamento de RAMOS MÉNDEZ, que alude, em um: “Un primer grupo de preceptos constitucionales sienta las bases sobre la organización de la jurisdicción en el estado de derecho. Los principios fundamentales sobre la significación del poder judicial en el estado de derecho, el principio de la unidad jurisdiccional, la garantía de la protección jurídica estatal y la exclusividad de la jurisdicción encuentran, en diversos artículos constitucionales, formulación precisa. Por otra parte, se sientan asimismo los principios básicos sobre la estructura jerárquica y postulados fundamentales del estatuto del personal jurisdiccional. En este grupo de preceptos, aun predominando su finalidad organizativa, se contienen también diversos principios que deben inspirar la actuación práctica de los Tribunales. Un segundo grupo de normas constitucionales lo integran aquellas que califican la actuación de la función jurisdiccional en el estado de derecho. Son, por así decirlo, los principios constitucionales de la propia jurisdicción en el ámbito civil. La sumisión del Juez a la ley, la seguridad jurídica, la libertad de acceso a Tribunales de Justicia y del principio dispositivo constituyen las fuentes constitucionales que inspiran la actuación jurisdiccional en el orden civil. Estas normas constituyen la verdadera filosofía del proceso civil en nuestro sistema procesal. En fin, un tercer grupo de artículos del texto constitucional establecen un cuadro de garantías básicas del proceso. Estas garantías están concebidas en servicio de una mejor protección. Estas garantías fundamentales de la persona en el proceso y de la tutela de los derechos legítimos hechos valer en el proceso civil. El sistema establecido por nuestra Constitución es realmente amplio y en él tienen cabida todas cuantas aspiraciones de protección jurídica pueden surgir en la práctica. Este grupo de normas constitucionales son las verdaderas <<tablas de la ley>> para el proceso, de tal manera que deben cumplirse en todos los preceptos concretos contenidos en los Códigos procesales. Pero la Constitución no se ha limitado a promulgar un decálogo de mandamientos procesales, sino que su programa va más lejos. Como refuerzo operativo de dichas garantías ha establecido asimismo unos instrumentos procesales de tutela directa de esas garantías del proceso en vía constitucional. Sin duda los más expeditivos, se han puesto directamente al alcance de cualquier ciudadano, que de esta forma puede hacer oír su voz ante las más altas instancias judiciales del Estado, e incluso, como se verá, ante organismos internacionales. La mutua interacción de estas normas en el ámbito de la Constitución en función del objetivo justicia programado por la misma da unidad teleológica al sistema de principios constitucionales del derecho procesal civil en nuestra concreta experiencia jurídica.” (MÉNDEZ, Francisco Ramos. La Influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil. **Revista Justicia**, n.º1, Pp.9-40, 1983, P. 10-11)

¹³¹⁸Sostenemos pues, que para garantizar la vigencia efectiva de la dignidad del ser humano, de los valores superiores, de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto –en suma, de la paz social en justicia– resulta necesario reconocer y garantizar los derechos que conforman lo que comúnmente denominamos debido proceso. Pero, al mismo tiempo, es necesario reivindicar su calidad de derecho fundamental –con todas las consecuencias que se derivan de ello– y rescatar aquella concepción que lo vincula a la satisfacción de un ideal de justicia y nos permite hablar del derecho fundamental a un proceso justo: más humano, más solidario, más comprometido con la realidad donde se desarrolla, y sobre todo con su transformación, especialmente con los valores superiores del ordenamiento jurídico político, entre ellos y principalmente con la justicia. (ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. El Derecho Fundamental a un Proceso Justo, llamado también Debido Proceso. **Proceso & Justicia**, Perú, 2000, Lima. P. 69)

¹³¹⁹La garantía de orden estrictamente procesal, ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario. (COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1948. P. 53)

¹³²⁰AROCA, Juan Montero. Los Principios Informadores del Proceso Civil en el Marco de la Constitución. In: **Revista Justicia**, n.º IV, Pp. 5-40, 1982, P. 10.

que a criação do direito venha a surgir do Processo pelas garantias desses que hoje são princípios interpretativamente aderidos a toda Ciência Processual.

O modelo de princípio erigido no Estado Ativo-Responsivo dota o cidadão ativo em uma concretização do seu protagonismo processual, pois as partes passam a manifestar o governo jurisdicional, galgando a politização dos debates processuais, e cria o processo um espaço dinâmico, possibilita um jogo dialético-dialogal que também é assegurado este pelo princípio contraditório constitucionalizado: supera assim a arquitetura processual clássica em uma Ciência Processual hodierna voltada a adaptação existencial e ao reconhecimento do fenômeno conflitológico de interesses como inato ao ser e aos seres.

Posta a superação e mescla de aspirações públicas e privadas vinculadas ao princípio dispositivo (constitucionalizado), o caráter fundamental do princípio dispositivo é confirmado como mecanismo de proteção através do qual a autonomia de vontade¹³²¹ é vista como ato de vontade de aderência dos fatos ao processo, reflexo do acesso aos tribunais (juridicização da vida). Ao poder trazer os fatos da vida ao processo cumpre-se também uma função pública, pois a decisão judicial possui também um caráter público, dada a responsabilidade sócio-política da decisão judicial. O princípio dispositivo constitucionalizado acaba de superar o estrito apego ao princípio da legalidade, o qual veio instituir o Processo em um sistema projetado pela autonomia privada operada pelas partes, reduzindo assim a autonomia apregoada ao livre arbítrio jurisdicional,

A normatividade evidencia sentido interpretativo ampliado, fruto do que a teoria vem chamando *de situação jurídica subjetiva*, que nasce da complexidade social e das andanças dos sujeitos de necessidades. Junto a isso, o princípio dispositivo regula o despotismo do Poder Judiciário no que toca à Filosofia da Consciência, pois a legitimidade democrática e a democracia participativa dos cidadãos ativos fazem com que a governança processual das partes

¹³²¹Esta característica esencial de la tutela judicial del Derecho Privado obedece a un principio estructural del mismo: el principio de la autonomía de la voluntad. La tutela judicial configurada de acuerdo con el principio dispositivo no es más que la continuidad, en el plano procesal, de la libertad de ejercicio y de disposición que sobre los derechos subjetivos privados y otros intereses igualmente privados reconoce el Derecho Material. Hasta tal punto es así que se ha entendido que las regulaciones en que se manifiesta el principio dispositivo no pertenecen a la normativa del proceso, aunque sea en el proceso cuando saen a la luz, sino que conciernen a la tutela jurídica de los intereses materiales, concretamente haciendo jurisdiccional de esa tutela. Consiguientemente, si en la vida social se plantea un caso un en que las normas de Derecho Privado no son, o no parecen ser, respetadas, son muy diversas las posibilidades de que sea cerrado sin que los tribunales deban ejercer su potestad jurisdiccional sobre el mismo. (RAMOS, Manuel Ortells. **Derecho Procesal Civil**. 8ª Edición. Barcelona: Arazandi, 2016. P. 39-40)

seja justificada junto à responsabilidade sócio-política na fundamentação processual.^{1322, 1323,}
¹³²⁴ A correlação entre princípio dispositivo constitucional e o princípio contraditório constitucionalizado acabam a possibilitar o processo como gênese do direito.

A jurisdição, responsável por centralizar o Processo no Estado-Juiz, passa a ser coadjuvante, pois o Processo espelha debates democráticos e políticos em suas manifestações, que denotam as grandes revoluções, passando a ser o Processo um amplo espaço de adaptação existencial. Adaptação existencial porque o processo vai muito além da ideia clássica de “paz social”: *“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”*.

Ao compreender o direito como adaptação social, reconhece-se que o direito está sempre sendo alterado pelos fenômenos sociais *“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*

¹³²²La relecture du principe dispositif et la mise en perspective de sa nature fondamentale permettent de s’interroger sur l’avenir du principe dispositif dans le procès civil. Un auteur notait justement qu’ «en raison de l’enchevêtrement des droits, de la cacophonie des cours suprêmes nationales et européennes en situation de concurrence sauvage et pas toujours très perméables aux jurisprudences développées par les autres, du suivisme opportuniste du législateur, la hiérarchie des principes se révèle dès lors malaisée, comme d’ailleurs leur identification précise». Il semble que tel soit le cas pour le principe dispositif. En effet, l’absence de reconnaissance expresse de sa nature fondamentale n’est pas sans poser problème. Son régime juridique actuel n’est pas clair ce qui nous amène à penser qu’il doit être reconnu expressément à l’article 4 du Code de procédure civile une valeur fondamentale. Se pose alors la question de la technique de la clarification du régime. Elle doit à notre sens passer par la constitutionnalisation du principe dispositif car la valeur juridique actuelle du principe dispositif n’est pas connue en raison de l’inadéquation des qualifications juridiques qui lui sont attribués, inadéquation qui ne lui assure donc pas une effectivité suffisante au regard des menaces qui pèsent sur lui. L’état du droit positif révèle que l’avenir du principe dispositif est menacé par les nouveaux principes directeurs du procès civil en particulier par le principe du contradictoire, le principe de célérité et le principe de loyauté. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L’adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P. 299)

¹³²³MIRANDA, Pontes. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. (Os Três Caminhos). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

¹³²⁴Em síntese GUILLÉN colaciona as justificantes da relação entre Constituição e Processo: a) Recogiendo en su seno, principios y reglas procesales, supremas para la orientación y aún para la práctica de tal instituto. b) Pero la Constitución, debe poder actuar directamente sobre el proceso. cuando alguno de sus principios aún no haya sido desarrollado por la correspondiente ley; este principio de "la Constitución como norma de aplicación directa. c) El proceso tiene un íntimo punto de contacto con la Constitución, no sólo en lo ya expuesto, sino en el retorno a crear un tribunal constitucional; es él, quien resolverá las "cuestiones de inconstitucionalidad" suscitadas por jueces o tribunales cuando "consideren que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución", antes de dictar su sentencia. (GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría General del Derecho Procesal**. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. P. 55 e segs)

*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.»*¹³²⁵

Com a ressignificação do princípio dispositivo, ocorre um amplo desapego da teoria da ação e da teoria da pretensão dimensionadas como direito subjetivo (lei), pois as teorias não são capazes de acompanhar a *fisionomia do direito*. O que dá fisionomia ao direito é o fenômeno conflitual, este é inato ao homem e não se emaranha em legalismos estatizantes anacrônicos, o fenômeno se põe a articulação em um debate desmistificador e dinamizado com o fim de possibilitar novos horizontes adaptativos existenciais ao direito.¹³²⁶

A produção congênita de decisões desatentas ao contexto existencial e social, postas ao exercício da representação Democrática quebra com o vínculo político “[...]da democracia vigente com vistas a proporcionar, ainda que de maneira singela, uma nova alternativa para o florescimento de um espírito participativo do indivíduo na concretização da democracia contemporânea.”¹³²⁷

O direito, antes de qualquer outra noção, é fruto das manifestações culturais – fato social relevante ao mundo jurídico - no qual se mistura a psicologia, a interação, o movimento, a ondulação sensata e insensata junto as mais contingentes potências de ação de uma sociedade plural; o direito não subsiste se não presente junto à dialeticidade que põe a prova efetivamente a sua eficácia junto à sociedade. Falando-se em termos de uma dialética fenomenológica, é indissociável levar-se em consideração para a elaboração das normas jurídicas os atos constitutivos do ser – o que pensa, o que quer, como *conflita* – correlacionando de forma harmônica as duas searas, afim de evitar a aplicação de decisões demasiadamente afastadas do contexto social vivido.

¹³²⁵Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social». No se trata solamente de la pacificación provisional Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social». [...]Un bien paradójicamente hecho de valores que eminentemente se pueden compartir. En este punto, la dimensión comunitaria ha tomado el relevo de la dimensión procedimental incapaz por sí misma de conjurar la violencia. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contat hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp 15-48, 2017. P.42-43)

¹³²⁶CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 32.

¹³²⁷RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdiccional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 95-96.

Dessa forma “*somente se deve falar em participação no sentido lógico da correlação ou implicação, em virtude da qual os termos ou elementos contrários mutuamente se esclarecem e se determinam enquanto autores.*”¹³²⁸ A partir da ressignificação, o princípio dispositivo apresenta duas vertentes quanto sua ressignificação no tocante ao princípio contraditório.

De um lado segue a vertente *positiva*¹³²⁹: por ela o contraditório assegura a atividade da função jurisdicional pelo ofício das partes em colaboração reativa garantida pelo “contraditório constitucionalizado”, efeito que gera a legitimidade democrática do debate produzido pelas partes, que perpassa o objeto do processo formal, apregoando-se a alteração do objeto processual formal ou substancial com a dialeticidade exposta com o objeto do debate processual, fazendo assim com que justifique-se a alteração do pretendido junto a decisão. Essa modificação encontra guarida com o princípio do *iura novit curia* e é refletida na flexibilização da congruência e na incongruência,¹³³⁰ sendo elemento processualizado do Ativismo Judicial para a criação do direito, justificado na fundamentação da decisão e na responsabilidade sociopolítica do Estado Juiz.

O princípio dispositivo, por esse sentido, torna-se elemento crucial para o desvelamento do fenômeno conflitológico, ao absorver o sentido de que o *objeto do processo se em seu sentido formal ou substancial*, são reconduzidos pelo objeto do debate processual orientado pela colaboração reativa das partes, garantido o debate pelo princípio do contraditório constitucionalizado acaba proficuamente ressignificando a função jurisdicional, adquirindo compreensão hermenêutica.

¹³²⁸REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000. P. 172-173.

¹³²⁹Segue o trabalho o que Ribeiro constituiu como sendo o princípio contraditório constitucionalizado, rompe este o paradigma posto a vinculação do princípio dispositivo a imutabilidade do mérito do Processo, assim, o princípio contraditório constitucional aderido a democracia participativa, como exercício da cidadania ativa passa a possibilitar novos horizontes ao Direito. (RIBEIRO, Darci Guimarães **A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC**. In: Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 232, p. 13-35, jun. 2014; RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 100)

¹³³⁰Em virtude do princípio dispositivo, as partes são absolutamente livres para dispor de seus interesses privados e reclamá-los ou não, judicialmente, na medida em que estimem oportuno. Por isso, é comum considerar como manifestações como manifestações ou notas essenciais deste princípio as seguintes: a) O início da atividade jurisdicional só é possível por iniciativa da parte, de acordo com os aforismas *nemo iudex actore e ne procedat iudex ex officio*; b) A determinação do objeto do processo corresponde unicamente aos litigantes; c) As decisões devem ser congruentes com as pretensões das partes, pelo que resulta de plena vigência o brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*; d) A finalização da atividade jurisdicional se atribui exclusivamente a vontade dos litigantes, que podem dispor livremente tanto da *res in iudicium deductae*, mediante a renúncia, o reconhecimento ou a transação, como da continuação do processo, através da desistência ou da prescrição da ação (JUNOY, Juan Picó y. **O Juiz e a Prova**. Estudo da Errônea recepção do Brocardo *iudex iudicare debet allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P.87-88)

Vê-se de tal modo que o Processo passa a ser a gênese do direito, assim vinculando-se à contradogmática, pois justifica a compreensão hermenêutica na dinamicidade processual, responsável por dimensionar a jurisdição na legitimidade democrática processual, gerando um efeito e passando a decisão fazer existir o direito pelo direito objetivo processual: antes da decisão não existe direito.

Quanto ao sentido *negativo*^{1331,1332} do contraditório frente ao dispositivo, este apregoa-se a manifestação e as alegações das partes, assegurando assim a neutralidade do juiz frente o objeto do processo formal, seguindo a linha de uma Ciência Dedutiva. O contraditório em um sentido material e formal faz com que as partes possam se proteger de eventual modificação formada e desenvolvida com o objeto processual.¹³³³

¹³³¹Florence Brus, Marco Grande e Silvia Minorett apontam que o princípio dispositivo deve complementar-se via outros princípios, efeitos eles da Constitucionalização do Processo, e com isso o princípio contraditório não pode vir a ferir o princípio da eficiência processual e o da economia processual, devendo não propiciar ao processo dilações indevidas com a garantia do contraditórios. Florence Brus, ainda aponta que o contraditório assegura o alegado pelas partes, fazendo com que se o juiz ultrapassar os limites da congruência deve ser responsabilizado. Nesse norte, deve fazer cumprir o princípio dispositivo. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.301; GRADI, Marco. **Inefficienza della giustizia civile «fuga dal processo»**: Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014. Messina: Edizioni Leone, 2014. P.4-10; MINORETTI, Silvia. **II Riconoscimento della Domanda**. Milano: Università degli Studi di Milano Scuola di Milano, 2011. 117 p. Dottorato in Scienze Giuridiche – Dipartimento di Diritto Pubblico, Processuale Civile, Internazionale ed Europeo. P. 92-96)

¹³³²Esse sentido negativo do contraditório apregoa-se como sua desvalorização frente ao Processo como gênese do direito, apregoa-se de tal modo ao dedutivismo legal e não apresenta-se como via de possibilidades a adaptação existencial, Picardi explora que: “Desvalorização do contraditório no século XIX – No final do século XIX em correlação com “l’espírito positivista” que se difundia na ciência jurídica, impunha-se, de uma vez por todas, constatar o exaurimento da função axiológica do princípio do contraditório. Nesta fase andou, assim, assumindo concretude uma divesa acepção do conceito em exame. Continuou-se, em verdade, a falar em “princípio do contraditório”, mas na verdade tal fórmula havia perdido a referencia originária ao direito natural, e, assim, a sua carga ético-ideológica. A locução princípio não está mais a indicar uma entidade preexistente as normas processuais no qual estas deveriam ser inspiradas ou, se se prefere, uma exigência “endoprocessual”, mas sim o resultado de um procedimento de abstração, de diferenciação e de generalização das normas particulares ou de outros elementos compreendidos no sistema. A primeira metade do século XX – a fim de que se possa assimilar plenamente esta mudança de perspectiva no século XX, é útil recordar que, após a Primeira Guerra, sob o influxo da teoria normativa do direito, acabou por prevalecer a reconstrução do processo sub specie de procedimento. É sabido como a aplicação de tal noção havia permitido uma reconstrução mais rigorosa da normatização do processo e, em particular, um estudo mais atento do ato processual. Por outro lado, no âmbito dessa concepção, o contraditório permaneceu, de qualquer maneira, à margem do fenômeno processual. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P.138-139)

¹³³³Portanto, o princípio dispositivo acerta-se ao contraditório e o princípio inquisitorial adere a não inquisitorialidade, Damaska alude a distinção: “Un camino que muchos han seguido, es oponer el sistema adversarial al sistema inquisitorial, o de no-contradicción. En el siglo doce ya se usaba dicotomía para distinguir un proceso que requería el impulso de una parte para ponerse en marcha (processus per accusationem), de un proceso que podía iniciarse en su ausencia (processus per inquisitionem). En tiempos posteriores esta distinción fue utilizada por los juristas continentales en una diversidad de contextos y adquirió diversos significados técnicos. Sólo más recientemente lo están utilizando los comparativistas en una escala mpas amplia, fundamentalmente para expresar el contraste entre la administración de justicia angloamericana y la continental. Pero, habiendo escapado a la relativa exactitud del uso legal interno, ahora cada etiqueta denota unos rasgos distintivos en combinaciones variables que con cierta frecuencia están en conflicto. Sólo el significado básico de la oposición permanece razonablemente cierto. El modelo procesal adversarial surge a partir de una contienda a disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto.

A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fã-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra legem do Estado e dos particulares, mas de atribuir ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade.¹³³⁴

A legitimação democrática processual dimensiona-se aos debates processuais pela democracia participativa e pela democracia substancial e vincam-se aos institutos e normas processuais - reflexionam-se no processo - incidindo a centralidade da política ao Processo sobre o nexó ineliminável entre direito e poder político. Um direito impotente para efetivar decisões de conflitos de interesses é impensável. Solução de conflitos sem impositividade do que for decidido será atividade desenvolvida para nada. Consequentemente, toda decisão de fenômeno conflitual é ato de poder e de poder político.¹³³⁵

El poder de los oráculos es conocido únicamente cuando son consultados; y el Derecho es por tanto requerido para hablar con autoridad en el contexto de las controversias. **Lo que el Derecho puede concebir en nuestras posiciones depende de las controversias. En este sentido, las controversias crean el Derecho.** El Derecho en sí mismo es origen de controversias futuras, ya que crea nuevas pretensiones o nuevas bases sobre las que soporta antiguas fundamentales.¹³³⁶

O Processo pode ser tido representando por um amplo espaço teatralizado¹³³⁷ com figuras míticas e com alegações manifestadas por metáforas vivas reveladoras da gramática da vida como enigmas fenomênicos inatos à existência. Os atos proporcionados pelos Oráculos Teatrais e Confabulares proporcionam os enigmas fenomênicos da vida e acabam por oportunidade a salvação em uma adaptação existencial de intersubjetividades afetadas pelo

El modo no-adversarial está estructurado como investigación oficial. Bajo el primer sistema los dos adversários se hacen cargo de la acción judicial; bajo el segundo, la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia.” (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago del Chile: Editorial Jurídica del Chile, 2006. P. 12-13)

¹³³⁴PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 95.

¹³³⁵PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 70.

¹³³⁶CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 64 e segs.

¹³³⁷*Dans le procès judiciaire comme dans le théâtre, il y a le même phénomène de représentation. Il faut l'entendre de plusieurs façons, mais on peut l'associer en particulier au caractère public de l'instance, à ce qu'Aristote a appelé l'effet de catharsis, enfin à la détermination du sens du droit.* (SOULIER, Gérard. Le théâtre et le procès. **Droit et Société**, vol.17, n.º1, 1991.Pp. 9-24. P. 17)

fenômeno conflitual, por uma pujante governança das partes assegurada pelo contraditório e pelo principio dispositivo constitucional.^{1338,1339}

A Nova onda Renovatória do Processo transforma o princípio dispositivo e contraditório, e agora é amplamente legitimado em um Processo que é “*también desde la teoría del derecho, una fuente de creación de una norma jurídica, la sentencia judicial.*”¹³⁴⁰ Legítima

¹³³⁸"Descended into hell" ("Nedergedaald ter helle"). In an essay bearing this title E.J.H. Schrage recently focused attention on the fact that procedural law originated in Paradise, at least if we are to believe medieval and early modern legal scholars.1 In his work on civil procedure, the Flemish lawyer Philips Wielant made the following comment on the subject: "God did not want to condemn Adam without first summoning him [...] and without having heard him [...]." In other words, God did not summarily condemn Adam to earn his bread by the sweat of his brow, but rather observed a number of procedural formalities before he imposed the onerous punishment which has continued to weigh down upon us until this day. Eve was also heard before she and her sisters came to share the pain of childbirth. Only the serpent was condemned without the benefit of any procedural formalities. The book of Genesis offers no explanation for this, but fortunately the Dutch Authorised Version comes to our aid in this regard.3 In an explanatory note the comment is made that there was no need to hear the serpent, as it had functioned as a tool of the devil and the devil had no excuse, an argument that would surely not have withstood the fair trial test of Article 6 of the European Convention on Human Rights, had it applied in that case. The rule that parties to a legal proceeding must be summoned and heard is an example of a formal requirement, a formality. A coherent totality of such formalities that regulate legal proceedings from beginning to end is what I would like to define as procedural law in the more narrow sense. The rules pertaining to the organisation of the judiciary (including jurisdiction), which may be included as an aspect of procedural law in a broader context, fall outside this definition.4 I will not address the organisation of the judiciary because in this paper I wish to approach procedural law chiefly as a European discipline. Issues regarding the organisation of the judiciary are less suited to such an approach in view of the fact that they are characterised by a very close connection with the national legal system. (VAN RHEE, C.H. Civil Procedure: A European *Ius Commune*. **European Review of Private Law**, n.º 4, 2000, p. 589-611)

¹³³⁹Como si el Derecho, en función de una lógica realmente exponencial, edificara en todo momento escenarios de terceros, comprendiendo aquí sus propias instituciones; algo así como una puesta en escena constante, una «representación» para someter a debate su propia dramaturgia, una reformulación de sus propios actores, como si estuvieran siempre obligados a responder de sus acciones ante un controlador superior o más distanciando. En todas estas hipótesis, lo que conviene poner bajo el foco de atención y estudiar es la brecha, el carácter operativo y productivo que genera esta distancia crítica que el Derecho no cesa de cavar en relación consigo mismo. Algo que es fuertemente subrayada es la capacidad que manifiesta el Derecho en la auto-distancia: una capacidad reflexiva que se transforma a veces en procedimiento crítico volcado contra sí mismo. ¿No está acaso aquí el sentido profundo que se atribuye al adagio romano que todo jurista debería sin cesar guardar en el alma: *summum ius, summa iniuria* el Derecho llevado al límite es el colmo del mal ? También J. Carbonnier con buena inspiración escribe que «el Derecho es una máquina de generar dudas». Es esto también lo que le permite escribir que la exigencia de efectividad —una efectividad integral de la normativa— es «excesivamente peligrosa». Al inscribirse en esta perspectiva, el Derecho reactiva, en un sentido posiblemente emancipador, las calificaciones acordadas y las pruebas de juicio, que, en caso de cristalizar definitivamente, cerrarán a las personas y a las situaciones en escenarios intangibles y jerarquías alienantes. Boltanski y Thévenot subrayan este riesgo inherente a las pruebas de juicio, y a las economías de la grandeza que les acompañan en las diferentes «ciudades». En relación con este riesgo muy real, me parece que el Derecho, multiplicando los procedimientos de apelación y los mecanismos correctores de toda suerte, estimulando las controversias doctrinales, reservando un lugar a las correcciones tradicionales y dejando siempre abierta la puerta a las transformaciones legislativas, multiplica los instrumentos que permiten redistribuir las cartas y reactivar el juego. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp 15-48, 2017. P.45-47)

¹³⁴⁰El punto en que se cruzan la función del legislador y la función del juez está marcado por el proceso, con el que se realiza la creación no del Derecho sino de una experiencia allí donde el Derecho quedaba fuera, por encima de la experiencia, flotando en el vacío, sin recoger en ese su sistema de permisiones y sanciones la relación de vida entablada. (BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Murcia: Universidad de Murcia, 1943. P. 17)

sua decisão judicial por uma governabilidade das partes que “só poderá ser aquela que privilegia e estimulada à participação, tão intensa e constante quanto seja possível”.¹³⁴¹

O Processo, ao transformar os meios adaptativos existenciais, causa *revoluções, as quais não tratam em criar um ideal de sociedade, mas sim de um novo tipo de sujeito*, sujeito esse que encontra nas ferramentas idôneas o meio para se auto-regenerar frente ao sistema. Por isso a importância de afirmar um indivíduo *autorreflexivo*¹³⁴², essa capacidade de escapar da repetição e da servidão, de voltar a si mesmo para elucidar seus desejos e criar, compor e alterar a realidade sentida, saindo do plano teórico do ideal. Um sujeito imbuído dos recursos tem a capacidade de afirmar que uma Lei é injusta, tem a capacidade de agir e se movimentar. A luta pela Democracia é a luta por uma dialética construtiva incessante do ser-no-mundo, que no direito por via da criação da Dialética Processual Dialogal junto à Cooperação, expressam sentido nobre de participação e sincronicidade.

cumple *misión jurídica* (como instrumento para la realización del derecho objetivo en caso de litigio), *política* (como garantía del justiciable y, a fin de cuentas, de la libertad) y *social* (al contribuir a la pacífica convivencia de los habitantes de un Estado y a equilibrar sus fuerzas en la empresa de obtener justicia), no es, sin embargo, un remedio mágico que sirva para todo e del que quepa esperar milagros. Al contrario, el proceso, que es no ya útil, sino indispensable e insustituible dentro de determinados límites, o sea de aquellos que son consubstanciales con su función peculiar, resulta inútil, perturbador y hasta peligroso cuando, por cualquier causa, se le hace traspasar sus fronteras naturales.¹³⁴³ (g.n)

A *decisão judicial* na atualidade acaba correspondendo a uma generalidade similar à da lei, como gênese do direito, e utilizando o caso-problema como paradigma para decisões posteriores -, apresentando “efeito erga omnes” junto à produção da resolução dos casos-

¹³⁴¹SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Democracia Moderna e Processo Civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 113.

¹³⁴²La autonomía de individuo consiste precisamente en que establece otra relación entre la instancia reflexiva y las demás instancias psíquicas, así como entre su presente y la historia mediante la cual él se hace tal como es, permí tele escapar de la servidumbre de la repetición, de volver sobre sí mismo, de las razones de su pensamiento y de los motivos de sus actos, guiado por la intención de la verdad y la elucidación de su deseo. (CASTORIADIS, Cornelius. **El Mundo Fragmentado**. La Plata: Terramar, 2008. P 104)

¹³⁴³CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. P. 233-234

problemas, os quais formam paradigmas novos ou ressemantizados e projetam-se ao social^{1344, 1345}.

A Ciência Processual hodierna, produtora de uma – necessária - Onda Renovatória Processo, tem como consequência de seu existir o fato de que toda a Ciência Jurídica apresenta crescente dicotomia de seus institutos, produzindo uma ampla metafísica aderida à ciência do direito, resultando nas grandes incompreensões. Um grande mito que acompanha a humanidade, denominado *crepúsculo da metafísica*, acaba fazendo com que o fenômeno - no caso o fenômeno conflitual - venha a tona - para voltar-se ao Processo como gênese do direito.

2.1 - Do Princípio Inquisitorial ao Princípio Dispositivo¹³⁴⁶

O princípio dispositivo e sua antítese, o inquisitivo, manifestam a orientação filosófica política de um ordenamento processual civil. No tocante ao princípio inquisitivo “...*la idea dominante es que el proceso es un instrumento de tutela de intereses generales o superiores y por ende, pertenecen al estado la iniciativa para su promoción, desarrollo, aportes probatorios y determinación del contenido de la sentencia*”¹³⁴⁷.

Surge o princípio dispositivo como nova filosofia política no processo – como visto, reflexo da ideologia liberal - para conter a inquisitorialidade diante de procedimentos judiciais. Desta forma, justifica-se na desconfiança da aristocracia judicial frente ao Judiciário, de modo que o Estado-Legiferante passa a delimitar as atividades judiciais das partes, que estimulam o

¹³⁴⁴Ver-se-á daqui a pouco que a dúvida deve ser superada também quando o juiz profere, não já um comando novo, mas um comando sobre um comando, isto é, aquele comando complementar em que se resolve a declaração (acertamento). Por agora basta constatar que o processo jurisdicional pode servir também para a formação de comandos novos, gerais ou particulares. Nesta acepção o processo jurisdicional chama-se processo dispositivo. A jurisdição é, portanto, uma fonte jurídica, ao lado da legislação. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P. 136)

¹³⁴⁵PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P.21.

¹³⁴⁶A ciência processual civil institui sua filosofia política calcada no princípio dispositivo, responsável por dar as formas e os contornos do processo. Nesse sentido, pelo que atualmente se compreende pelo princípio em comento, podemos afirmar que a atual compreensão atrelada aos Tribunais e pela doutrina, que não são aderentes aos efeitos da constitucionalização do direito, é uma filosofia eminentemente liberal que marca os contornos do princípio dispositivo, o que vem impedindo, na atualidade, que o Processo evolua, sendo importante, desta forma, desvelar as incompreensões frente à construção constitucional atual.

¹³⁴⁷El principio antagónico, el Inquisitivo o de Oficialidad, fue receptado en su mayor pureza por la legislación prusiana de las postrimerías del siglo XVIII, iniciada bajo el reinado de Federico el Grande y presidió durante el siglo XX la legislación procesal de estados totalitarios como el de Alemania Nazi y los que conformaron la URSS. (SOLÁ, Marcela García; BARBERIO, Sergio. **Principios Generales del Proceso Civil: Diseño Clásico y Mirada Actual**. In: PEIRANO, Jorge W (dir.). Principios Procesales. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011. P. 32-33)

Judiciário e fixam o objeto do processo, para que delimite o Estado Moderno as arbitrariedades até então cometidas pelo despotismo do Poder Judiciário.¹³⁴⁸

Nenhum dos dois foi *puramente* aplicado ideologicamente e politicamente nos sistemas jurídicos, de maneira que é corriqueiro ser vista a predominância mista de ambos.¹³⁴⁹ A abertura

¹³⁴⁸OTEIZA, E. **El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba; O “provar e soccombere”**: ¿Es posible plantear un dilema absoluto?. In: MORELLO (dir.) *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La Ley, 2003. P. 83 ss.

¹³⁴⁹La relatividad de la controversia acerca del balance que debe existir entre la actividad del juez y la de las partes, podría suscitar la impresión de que para la adecuada aplicación del Código Procesal Civil no interesa tanto determinar en forma precisa la relación que existe entre el principio dispositivo, el principio de aportación de partes y la actividad del juez. Se trataría, en efecto, de una mezcla (“mixtum compositum”) entre los principios inquisitivo y de aportación de partes, que dejaría amplios espacios a la práctica judicial. Dicha postura me merece reparos. La fidelidad positivista en la aplicación de la ley no goza actualmente de gran popularidad; en cambio, la creación libre del Derecho despierta, a menudo, sentimientos más elevados. Con todo, se debería, al menos, conocer y comprender a cabalidad la ley antes que transgredirla. El Código Procesal Civil no es una mezcla confusa de elementos propios del principio de aportación de partes y de elementos inquisitivos, como se suele dar a entender. Antes bien, el mismo se halla completamente dominado por los principios dispositivo y de aportación de partes, particularmente en el caso del procedimiento ordinario; la actividad judicial se limita a asistir a las partes en el cumplimiento de sus roles procesales. Los ataques que se dirigen contra la “reflexión en base a principios”, pretenden hacer creer que mediante éstos no es posible solucionar problemas concretos. En los principios procesales se materializa, empero, la intención del legislador; el recurrir a los principios para resolver problemas concretos no implica otra cosa que recurrir a los fundamentos de la ley, y con ello, en último término, a la analogía. Al comienzo [del Código] figuran las disposiciones que dejan entregados a la voluntad de las partes el “sí” y el “sobre qué” del procedimiento, materializando así el principio dispositivo; asimismo, se encuentran disposiciones que exigen de las partes la exposición de los hechos y el señalamiento de los medios de prueba, convirtiendo el principio de aportación de partes en un principio fundamental legalmente consagrado. Afirmar esto no es una disquisición jurídico-conceptual carente de sentido, sino que el resultado de la simple lectura de la ley. El sentido del deber judicial de aclaración contemplado en los §§ 139 y 278 III del Código Procesal Civil, no implica que sea el juez, y no las partes, quien debe presentar peticiones, exponer hechos o introducir medios de prueba; él se limita a incitarlas a efectuar tales acciones. El juez no es un inquisidor, es un “asesor” de las partes, pero el deber de actuar recae sobre éstas. Por ello se ha señalado, con razón, que el deber de aclaración que contempla el Código Procesal Civil ha de entenderse como el deber de llamar la atención o dar indicaciones a las partes, pero no como un deber de investigar por sí mismo. En ese sentido, el sistema del Código Procesal Civil está libre de contradicciones y es de una perfecta consistencia; sólo hay que leerlo correctamente. Tal afirmación es igualmente válida para aquellos casos en que el juez puede llevar a cabo diligencias probatorias de oficio. Ello, por cuanto dichas diligencias se extienden solamente a los hechos que han sido introducidos al proceso por las partes, ya sea espontáneamente o por indicación del juez. En el evento de que las partes no ofrezcan prueba, el juez debe llamar la atención sobre dicha falta, provocando de esta forma la actividad de la parte. Pero en lugar de ello puede también –como una forma de acelerar el procedimientoordenar derechamente la rendición de prueba, siempre y cuando la materia sometida al tribunal sugiera determinados medios de prueba. Sólo esta interpretación de la cuestión permite comprender por qué la regla sobre la recepción de prueba de oficio es facultativa y no obligatoria. Sin el deber de indicación o de llamar la atención, esa facultad podría transformarse rápidamente en una puerta abierta a la arbitrariedad judicial o ser interpretada en términos de un deber, con lo cual, en la práctica, se entraría de lleno en el terreno del principio inquisitivo. La comprensión correcta es que el juez, ante la falta de ofrecimiento de prueba, puede acelerar el procedimiento, pero debe, en todo caso, llamar la atención. De la “función sustitutiva” que cumple la recepción de prueba de oficio por el juez, se sigue, en consecuencia, que ésta no puede ir más allá de la rendición de prueba por las partes; esto resulta particularmente relevante para determinar si la obligación de presentar documentos que tiene la contraparte, de acuerdo con los §§ 143 y 273 del Código Procesal Civil, es más amplia que la contemplada en los §§ 422 y 423. En aquellos casos excepcionales, en que el poder del juez es más amplio que el de las partes, como ocurre en el § 448 del Código Procesal Civil, existe una fuerte limitación al poder discrecional del tribunal, que excluye la arbitrariedad. El deber de indicación del juez sólo puede moverse razonablemente dentro del marco de la actividad de las partes, en la forma en que está predeterminada por la carga objetiva de la prueba. Siempre que el Código Procesal Civil se refiere a la actividad de las partes, existe una clara separación en cuanto a los hechos, concretamente, entre aquellos que justifican una pretensión y aquellos que justifican una excepción o una defensa, aun cuando esta separación ha sido muchas veces puesta en duda (cfr. los §§ 130 N° 3, 282 I, 331, 592, 597 del Código Procesal Civil). Dicha división se vincula con la distribución del

da influência recíproca, na hora de discernir o funcionamento das instituições de cada legislação processual, é aceita pela doutrina, pois traduz a ideia de que o processo compromete tanto interesses de ordem privada quanto de ordem pública.

O princípio dispositivo “*responde a la idea general del proceso civil como instrumento al servicio de intereses individuales, que da origen a una relación de derecho privado cuya disposición pertenece por entero a las partes y cuyo desenvolvimiento formal es supervisado por el estado*”¹³⁵⁰. Detém uma significação abstrata, mas compreende seu modelo normativo e a existência do mesmo como instituto Processual, sendo ele uma representação da ação e reação das partes, formando ele uma relação jurídica processual, que gera deveres, obrigações e responsabilidades. Indica o princípio a matéria litigiosa que expõe a mesma o fenômeno

riesgo en materia probatoria que contempla el Derecho material; el riesgo de que un hecho no resulte probado es lo que motiva a las partes a actuar. Esta división de los hechos materia del proceso no debería ser tildada como ajena a la vida real aun cuando algunas ciencias auxiliares postulen una visión unificadora y cercanía con el mundo real. La división de los hechos del proceso canaliza la actividad de las partes, redundando en la división del trabajo, con lo cual no se sobrecarga a ninguna de las partes, puesto que lo que se exige de ellas es únicamente verosimilitud y no verdad e integridad (§ 138 I). En este sistema de la distribución del trabajo, el deber de indicación o de llamar la atención se inserta como un apoyo y no como un obstáculo. Esto significa que el juez debe formular indicaciones en primer lugar a la parte que tiene la carga de la afirmación y de la prueba; a la parte sobre la que no recae la carga de la prueba sólo se le pueden hacer indicaciones en dos casos: en primer lugar, en virtud del deber que tiene esa parte de aclarar ciertos hechos conforme al § 138 II, y en segundo lugar, en el marco de los deberes de facilitar la actividad probatoria de su contraria (§§ 422, 423 y 445). Así, por ejemplo, frente a una afirmación que omite las razones de hecho y de Derecho en que se funda, sobre la adquisición de mala fe de una letra de cambio⁸⁴, la parte sobre la que no recae la carga de la prueba no está obligada, ni siquiera cuando medie una indicación del juez, a explicar la forma en que adquirió dicha letra ni a señalar medios de prueba al respecto. El juez debe, en primer lugar, obtener de la parte sobre la que recae la carga de la prueba una afirmación fundada y, dentro del marco de lo razonable, medios de prueba pertinentes; sólo a partir de la concurrencia de dichos elementos puede nacer, bajo determinadas circunstancias, un deber de aclaración para la parte contraria⁸⁵. En mi opinión, esto se aplica también en el caso de la orden de comparecencia personal del § 141 del Código Procesal Civil. En tal caso se da a las partes la posibilidad de hacer de inmediato afirmaciones basadas, ya sea en su conocimiento o en suposiciones, y de corregir o aclarar errores o pasajes oscuros de su exposición. Pero ello no implica que, haciendo uso de su facultad de preguntar personalmente al demandado, el juez pueda transformar afirmaciones infundadas o poco concluyentes de un demandante descuidado en fundadas y concluyentes, puesto que en ese caso al demandado le convendría más no presentarse y beneficiarse de una “sentencia impropia de rebeldía”* (§ 331 II, segunda parte, del Código Procesal Civil). Esto demuestra que cuando se hace un esfuerzo por interpretar el Código Procesal Civil como una unidad, se lo reconoce como un sistema que incita la actividad de las partes, dejándoles, además, espacios de libertad; el juez apoya a las partes en el ejercicio de su rol procesal, de manera tal que esa libertad de que gozan no se vuelva en su contra. Dificilmente podrá encontrarse en el Código Procesal Civil una contradicción entre la actividad del juez y la de las partes, si se hace abstracción de cuestiones secundarias y problemas especiales. Sería erróneo introducir, por vía interpretativa, elementos inquisitivos que están en contraposición con la primacía que tienen las partes en lo relativo a la aclaración de las circunstancias de hecho. No cualquier regulación procesal compatibiliza la actividad judicial y de las partes en forma tan poco forzada; de ahí que valga la pena analizar y entender el sistema del Código Procesal Civil. Quizás entonces sea menos criticado y se aplique nuevamente en forma más entusiasta y respetuosa. (PEÑA, Rodrigo Alexander Kaufmann. **Traducción Libro Die Richterliche Aufklärung im Zivilprozess (La Aclaración judicial en el proceso civil) de Rolf Stürner.** Santiago del Chile: 2010. Disponible em: < www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-kaufmann_r/pdfAmont/de-kaufmann_r.pdf> P. 21-26)

¹³⁵⁰En la era contemporánea tuvo desarrollo sistemático a partir del ideario impulsado por la Revolución Francesa y la Declaración de los derechos del Hombre de 1791 y alcanzó su auge al promediar el siglo XIX cuando el predominio de la doctrina liberal se extendió por Occidente e impregnó la legislación americana. (SOLÁ, Marcela García; BARBERIO, Sergio. **Principios Generales del Proceso Civil: Diseño Clasico y Mirada Actual.** In: PEIRANO, Jorge W. Principios Procesales. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011. P. 32-33)

conflitual.¹³⁵¹ Seu caráter é profundamente privado e corresponde eminentemente à proteção das partes.

Com a passagem do princípio inquisitorial para o princípio dispositivo a ciência processual dos Estados ocidentais redesenham sua forma institucional de processos formais, que passaram assim a resolver os problemas causados pelos fenômenos conflituais na sociedade a partir de uma valoração do conflito em seus aspectos objetivamente possíveis; ou, melhor explicitado, acostados em uma Ciência Jurídica dedutiva, resolvendo o caso-problema por meio de regras formalmente incluídas na Legislação e na jurisprudência, desde o império da lei.¹³⁵²

A Ciência Processual erigiu-se na metafísica que cinge o fenômeno conflitual em questões de fato e de direito, e assim constituiu-se doutrinariamente a teoria do fato jurídico dimensionado com os direitos subjetivos como lei: suporte fático incide sobre a regra. Essa prospecção é o que pode ser verificado no Processo como subsunção do fato à lei, tido como o mais puro dedutivismo lógico.

O legislativo, no Brasil pelo Poder Constituinte, limita o Judiciário em sua função a uma operação subsuntiva no momento de aplicação da lei, bem como reconheceu-se ao juiz uma série de responsabilidades penais e civis. Além disso, os Códigos de Processo Civil limitaram os poderes instrutórios do juiz, aprisionando sua atividade ao *ius dicere* pelo princípio da

¹³⁵¹Le principe dispositif, parce qu'il est d'abord une signification, est nécessairement abstrait. On ne dessine pas le modèle du principe dispositif, on le comprend. Il est une représentation de l'action des parties et du juge. En effet, le principe dispositif vise la conduite humaine et plus particulièrement la conduite des parties et du juge. En ce qu'il est un modèle, il crée des obligations à la charge des destinataires qui ont vocation à mettre en œuvre le principe dispositif. Le fait que les parties soient maîtresses de la matière litigieuse indique nécessairement un modèle comportemental, un modèle de conduite particulier; il indique le modèle accusatoire matériel qui ne doit pas être confondu avec la procédure accusatoire. Certains ont pu justement relever que « la maîtrise que l'on peut raisonnablement reconnaître aux parties sur le cadre du litige ne se confond pas avec la notion de procédure accusatoire; ce type de procédure implique aussi des conséquences procédurales inconciliables avec ce qu'exige le bon fonctionnement du service public de la justice ». En effet, lorsque l'on parle d'une manière générale de procédure accusatoire, on fait le plus souvent référence aux pouvoirs de direction de l'instance, au principe d'initiative et de conduite de l'instance. Et, au regard d'un tel principe, il est évident que les parties en matière civile doivent composer avec les pouvoirs de plus en plus croissants du juge. Néanmoins, pareille analyse n'empêche pas d'assimiler le principe dispositif à la notion d'accusatoire dans la mesure où la procédure accusatoire ne fait pas uniquement référence aux pouvoirs de direction et de conduite de l'instance, mais également aux pouvoirs des parties au regard de la matière litigieuse. Il faut distinguer l'accusatoire formel – principe d'impulsion – et l'accusatoire matériel – principe dispositif. Motulsky avançait en effet, à propos de la procédure pénale, qu'en la matière, on ne pouvait parler de principe dispositif dans la mesure où la détermination de la matière litigieuse appartenait, en raison de l'ordre public, non pas aux parties mais au juge. C'est ce qu'il nommait « le principe inquisitoire matériel », par opposition au « principe inquisitoire au sens formel » qui fait référence à la conduite du procès. Ainsi, il faut comprendre, par une analyse a contrario, que lorsque ce sont les parties qui déterminent ensemble la matière litigieuse, on parle de principe accusatoire matériel par opposition au principe accusatoire au sens formel qui fait référence au principe d'impulsion, encore dénommé principe d'initiative. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.337-230)

¹³⁵²CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 55 e segs.

congruência, pois o que as partes constituíram como objeto do processo deve o juiz apresentar a qualidade jurídica da *causa petendi* para motivar sua decisão.

Pelo exposto, a ideia de Estado inaugura uma nova fase de consideração do direito, na medida em que passa considera-lo como elemento do pacto que os cidadãos estabelecem para viver as diferenças – o liberalismo é uma das muitas propostas ao pluralismo – e sua principal preocupação é o *consenso* político, com vistas à ignorar os conflitos e tratá-los como enfermidade.¹³⁵³ O direito que o Estado reconhece, salienta-se, está do lado do indivíduo, e não do grupo. Assim, o direito se torna uma fonte de proteção, de amparo, ao indivíduo, frente a qualquer forma de *arbitrariedade* “...lo que hace posible que en las sociedades contemporáneas se hable de derechos civiles, humanos, étnicos y de todo tipo”.¹³⁵⁴

O Estado Reativo arquiteta o princípio dispositivo clássico, expressando a ideia de que o litígio é coisa das partes no que diz respeito às questões de fato, e no que diz respeito às questões de direito, é coisa do juiz. Disso, as questões de fato do dispositivo (princípio) é delimitado pelos litigantes, os quais detém a liberdade de iniciar o processo, para dar-lhe o seu conteúdo. O juiz está vinculado pelo que lhe é apresentado pelos fatos, devendo operar numa atividade subsuntiva a partir do direito como lei. Não pode o juiz modificar de ofício e nem as partes, nem suas qualidades, nem a causa, nem o objeto do processo, a ordem pública em questão.¹³⁵⁵

¹³⁵³ Ya no se trata de obedecer el mandato del soberano: se trata de acatar la Ley como elemento constitutivo del pacto que los ciudadanos establecen para poder vivir en la diferencia. En este sentido, el liberalismo representa una, de las muchas, propuestas que buscan responder al desafío del pluralismo. Su principal preocupación la constituye el consenso político básico que asegura que todos los ciudadanos con iguales libertades, con independencia de su origen cultural, convicciones religiosas y formas individuales de vida, tengan oportunidades para el desarrollo de un proyecto de vida autodeterminado. ¿Qué significa esto? Que la autodeterminación, la posibilidad de autoentendimiento de las acciones propias, es lo que da pie a la posibilidad de la justicia em un contexto en donde las diferencias nos separan profundamente. Nos encontramos frente a la apuesta ilustrada de la autonomía individual que, como ya lo he dicho, emerge como una abstracción que hace posible el derecho. (TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal:** Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofía)

¹³⁵⁴ TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal:** Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofía. P.18.

¹³⁵⁵ La mise en perspective de la nature de norme juridique du principe dispositif ne suffisait cependant pas à mettre en évidence sa nature de droit fondamental. En effet, il fallait démontrer que le principe dispositif était une norme de degré supérieur. L'exercice n'était pas aisé en raison de l'absence de consécration directe du principe dispositif, c'est donc par l'étude de la place qu'il occupe dans l'ordonnement juridique que la fundamentalité du principe dispositif a pu être mise à jour. L'étude de la place de l'office des parties et du juge quant au litige dans le cadre de la jurisprudence européenne et constitutionnelle nous a révélé que le principe dispositif pouvait être envisagé comme une garantie du procès équitable dans la mesure où l'objet du principe dispositif est protégé par le droit au juge et que la finalité l'est par les exigences d'impartialité. Mais c'est également des relations qu'entretiennent la liberté procédurale et la liberté contractuelle que le caractère fondamental du principe dispositif est apparu. Elles sont toutes deux la marque de l'unité de l'office du juge du fait juridique qui est de rendre la justice en respectant la liberté des parties. Aux termes de ces développements nous avons mis en évidence la nature fondamentale du principe dispositif, il convient maintenant de s'attarder sur la question de la clarification de son régime.(BRUS,

O liberalismo, nesse sentido, reaciona sobre toda forma de arbitrariedade, pois se negam a outorgar uma confiança ilimitada tanto ao interesse individual como à soberania popular. Isto posto, é nítido que a abertura de sentidos pelo Judiciário é extremamente vedada nessa ideologia, pois denota a necessidade de controle dos Tribunais e afastamento dos resquícios políticos pelo Jurídico.

Por consequência, tal princípio tem como corolário em seu sentido clássico a atrelação da decisão ao objeto do processo como motivação, que tem como cerne o princípio da imutabilidade do litígio, princípio este que proíbe as partes de alterar os fatos no decurso do julgamento.^{1356, 1357}

Pode o princípio dispositivo ser entendido pela seguinte explanação: *o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedado a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes*. Ditos requisitos se expressam pelos aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio* e *ne eat iudex ultra petita partium*. Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não tenham afirmado e o obriga a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeiras.¹³⁵⁸

Desse modo, princípio dispositivo apresenta uma eficácia vinculante ao ato decisório, pois será a decisão delimitada com a formação do objeto processual, o qual é impulsionado pelo

Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.297)

¹³⁵⁶La maîtrise de l'objet de la demande serait consacrée par l'article 4 du même Code. Le doyen Cornu était clair sur ce point : « la matière du procès est aussi la chose des parties, puisqu'il leur appartient de déterminer l'objet du litige par leurs prétentions (art.4) et d'alléguer les faits propres à les fonder (art.6) ». Le principe dispositif aurait ainsi pour corollaire le principe d'immutabilité du litige, principe qui interdirait aux parties de modifier les éléments de fait dans le cadre du procès. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.9-10)

¹³⁵⁷O Princípio da Imutabilidade incide diretamente no dimensionamento do Princípio Dispositivo em seu sentido Clássico, Ovídio elucida que: “Segundo este princípio, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (iudex iudicare debet allegata et probata partium), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira.” (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P.47)

¹³⁵⁸Portanto, pelo princípio dispositivo o juiz fica contingenciado pela iniciativa das partes quanto ao modo de condução da causa e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a essa determinada lide. [...] Atos dispositivos são aqueles por meio dos quais as partes abdicam de algum direito ou vantagem processual, tais como a desistência da ação e a renúncia ou desistência do recurso, a transação e a desistência de algum prazo ou de certa prova já proposta e admitida pelo juiz. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. 6ª edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003. P.100)

exercício dos poderes privados das partes. O reconhecimento da “demanda”^{1359, 1360} apregoa as alegações e manifestações Processuais produzindo a eficácia vinculante a função jurisdicional, tal função era limitada pelo *ius dicere*, devendo o suporte fático incidir a norma, assim projetando o fato a Lei, Lei esta tida como direito subjetivo.¹³⁶¹

Por consequência, as questões de fato são demonstradas pelas partes e as questões de direito cabem a função do juiz na aplicação da Lei. Dessa metodologização de direito subjetivo como Lei, acaba-se cingindo as questões de fato e de direito, de modo que em sua configuração

¹³⁵⁹Vale aquí destacar a diferenciação entre o princípio dispositivo do princípio da demanda, explica Còpez, que: “Ahora bien, un sector de la doctrina ha elaborado una disquisición entre el clásico «principio dispositivo» y el recién denominado «principio de la demanda». Así, el principio dispositivo encuentra su fundamento en la naturaleza jurídica del derecho material que se pone en juego. En este sentido, si las partes tienen el dominio absoluto sobre el derecho material deben igualmente tener el dominio completo sobre los derechos procesales que comporta el proceso, en el sentido de que son libres de ejercitarlo o no, lo que se traduce en la actuación voluntaria de las partes en los procesos en los que se ventilan derechos disponibles. Sin embargo, el «principio de demanda» es aplicable, siguiendo esta misma tesis, no sólo cuando los derechos materiales que se ponen en juego son dispositivos, sino también cuando son indisponibles. El «principio de demanda» ha de informar, en consecuencia, la totalidad de los procesos civiles, con independencia de que los derechos que, en ellos se ventilen, sean disponibles o indisponibles, y el «principio dispositivo» presidirá, sin embargo, aquellos procesos civiles que, al propio tiempo, versen sobre materias exclusivamente reguladas por derecho disponible.” (LÓPEZ, Sonia Calaza. Principios Rectores del Proceso Judicial Españól. **Revista de Derecho UNED**, n.º 8, Pp.49-84, 2011, P.62-63)

¹³⁶⁰De um modo geral, não se faz distinção entre o princípio dispositivo e o chamado princípio de demanda. A distinção, porém, é relevante. O primeiro deles diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo. [...] Enquanto o princípio dispositivo diz respeito aos poderes das partes em relação a uma causa determinada, posta sob julgamento, o princípio de demanda refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional. O primeiro corresponde à determinação dos limites dentro dos quais se há de mover o juiz, para o cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar ele na dependência da iniciativa das partes na condução da causa e na busca do material formador de seu convencimento; ao contrário, o princípio de demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: 2002, Forense. P. 49 e 50)

¹³⁶¹Conseguentemente, l’efficacia vincolante per la decisione giudiziale è stata ricondotta, per un ver-so, all’esercizio dei poteri privatistici delle parti, per l’altro, alla vigenza dello stesso principio dispositivo. Dall’altro, vi è chi, proprio per l’assenza di un’apposita previsione legislativa atta a disciplinare l’asserita efficacia vincolante del riconoscimento della domanda sul contenuto della pronuncia giudiziale, ha recisamente negato la possibilità di attribuirgli detta efficacia e ha semplicemente preferito ricondurre la figura in esame nell’ambito delle dichiarazioni confessorie. [...] Passiamo, quindi, al prospettato inquadramento del riconoscimento della domanda quale negozio giuridico di diritto sostanziale, in quanto dispositivo del diritto dedotto in giudizio, ovvero in quanto negozio unilaterale di accertamento: secondo tale tesi, l’efficacia vincolante del riconoscimento, che dovrebbe necessariamente portare alla pronuncia di una sentenza di merito conforme alla pretesa attorea, dipenderebbe direttamente dai poteri privatistici delle parti. [...] Verificata l’effettiva impossibilità di condividere le tesi volte a sostenere l’autonoma configurabilità dell’istituto del riconoscimento della domanda quale negozio giuridico di diritto sostanziale (sia che gli si voglia attribuire un contenuto dispositivo, sia che gli si voglia attribuire un contenuto di accertamento), resta da analizzare la fondatezza delle critiche mosse contro l’opinione di chi ha ritenuto di poter concedere all’istituto medesimo detta autonomia strutturale considerandolo alla stregua di uno strumento processuale offerto alle parti in virtù del principio dispositivo, al fine di esercitare i propri poteri di autonomia nei giudizi aventi ad oggetto diritti disponibili. (MINORETTI, Silvia. **Il Riconoscimento della Domanda**. Milano: Università degli Studi di Milano Scuola di Milano, 2011. 117 p. Dottorato in Scienze Giuridiche – Dipartimento di Diritto Pubblico, Processuale Civile, Internazionale ed Europeo. P. 69-70; 72-73 e 81-82)

e arquitetura clássica o princípio dispositivo volta-se a sua aplicação dedutiva, aderido ao princípio da congruência.¹³⁶²

¹³⁶²El principio dispositivo rige, en esencia, en los procesos en los que se ventilan derechos subjetivos de naturaleza privada. Los sujetos implicadas en este tipo de procesos disponen, pues, no sólo de los derechos sustantivos sometidos a debate, sino también de los derechos procesales inherentes al proceso judicial en el que se sustancia la resolución judicial del conflicto. (...) El principio dispositivo supone, tal y como su nombre indica, la total y absoluta disposición, por las partes, del proceso, tanto en su inicio (ne procedat iudex ex officio), como en su continuación (las partes pueden poner término al proceso a través de algún medio anormal: renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción) y hasta en su finalización mediante sentencia (derecho a la sentencia congruente con las pretensiones de las partes). El principio dispositivo rige en aquellos procesos civiles y laborales en los que los derechos o intereses subjetivos en pugna, han sido regulados por normas de derecho privado. (LÓPEZ, Sonia Calaza. Principios Rectores del Proceso Judicial Español. **Revista de Derecho UNED**, n.º 8, Pp.49-84, 2011, P.61-62)

O processo, pelo princípio dispositivo, “é escolha das partes”, ou “máxima disposição das partes”: significa tradizionalmente que as partes podem começar e terminar seu julgamento, não havendo permeabilidade do juiz quanto ao objeto do processo.^{1363,1364,1365}

¹³⁶³Les travaux relatifs au principe dispositif révèlent donc que ce dernier exprime l'idée que le litige est la chose des parties, il «concerne la matière du procès, non le déroulement de celui-ci. [...] Dispositif (Principe du): principe en vertu duquel les plaideurs conservent la liberté d'entamer le procès, de lui donner le contenu qu'ils désirent (chefs de la demande, cause, objet), de la suspendre ou de l'arrêter (acquiescement, désistement). Le juge est lié par le cadre du procès tel que les parties l'ont tracé. Il ne peut modifier d'office ni les parties, ni leurs qualités, ni la cause, ni l'objet de la demande, l'ordre public fût-il en cause» l'amalgame entre les deux principes pourrait donc s'expliquer par l'idée suivante: ««le procès est la chose des parties » veut dire traditionnellement que les parties peuvent commencer et terminer leur procès». Pour autant, ils ne recouvrent pas les mêmes fonctions. Pour pouvoir dire que le procès est la chose des parties, il faut pouvoir dire non seulement que les parties maîtrisent le litige mais également qu'elles maîtrisent l'instance. Plus précisément, parce qu'en matière civile, elles maîtrisent le litige et la procédure, le procès civil est désigné comme la chose des parties. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.11-12)

¹³⁶⁴A meno che, ovviamente, non vi sia una norma che legittimi il giudice ad emettere una sentenza di accoglimento della domanda attorea in ragione del solo riconoscimento. E questo perché l'attività giurisdizionale, rappresentando l'esercizio di una funzione pubblica, non potrebbe che essere finalizzata alla pronuncia di sentenza giuste, ovvero conformi alla legge. Ebbene, il punto è proprio questo: si può affermare con assoluta certezza che, in assenza di un'espressa disciplina legislativa volta a regolare la sentenza di riconoscimento (assimilabile al disposto del § 307 della Z.P.O. tedesca), non sia possibile rinvenire all'interno del nostro ordinamento un fondamento normativo dell'istituto in esame, inteso come espressione del potere dispositivo delle parti, che effettivamente permetta, o meglio, imponga al giudice di pronunciarsi conformemente alla pretesa attorea in ragione dei soli effetti dell'intervenuto riconoscimento della domanda? E ancora: si può affermare con assoluta certezza che l'orientamento pubblicistico del nostro ordinamento processuale debba sempre e necessariamente comportare l'assoluta impermeabilità del giudice al comportamento processuale delle parti nel momento della decisione sulla quaestio iuris? Per tentare di rispondere a tale quesito, occorre premettere quanto segue. La tesi che sostiene l'efficacia vincolante del riconoscimento, qualificandolo come strumento processuale offerto alle parti in virtù del principio dispositivo, trae chiaramente spunto dalle conclusioni raggiunte dal pensiero giuridico tedesco sulla natura dell'Anerkenntnis e, in particolare, dalla già citata Theorie der reinen Prozesshandlung, ad oggi sostenuta dalla dottrina maggioritaria. Secondo tale teoria, come già detto: a) l'Anerkenntnis avrebbe natura prettamente processuale, in quanto dichiarazione di volontà esclusivamente volta alla conclusione del processo attraverso l'emanazione di una sentenza conforme al riconoscimento; b) la sentenza di riconoscimento si fonderebbe, pertanto, non sull'accertamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio, ma sul comportamento processuale della parte; c) l'Anerkenntnis rappresenterebbe, quindi, non solo una vera e propria manifestazione della Dispositionsmaxime, ma anche una forma di realizzazione del principio di economia processuale; d) pur non avendo natura sostanziale (e non soggiacendo, pertanto, alle norme sulla validità dei negozi giuridici), il riconoscimento potrebbe operare solo nei giudizi aventi ad oggetto diritti disponibili e solo ove il suo contenuto non risultasse palesemente contrario a norme inderogabili; e) il giudice, nel pronunciare la sentenza di riconoscimento, dovrebbe limitarsi a verificare la sussistenza dei presupposti processuali e l'ammissibilità dell'Anerkenntnis nei termini descritti. Appare evidente come il nodo focale della Theorie der reinen Prozesshandlung sia la stretta connessione tra l'Anerkenntnis, la Dispositionsmaxime e il principio di economia processuale, connessione che senza dubbio permette di giustificare, a livello sistematico, gli effetti vincolanti del riconoscimento. Con la Dispositionsmaxime, infatti, la dottrina tedesca indica il potere monopolistico delle parti di iniziare e concludere il processo e di fissare l'oggetto della lite, quale adattamento del diritto processuale alla libertà di disposizione dei titolari del diritto sul piano sostanziale: l'essenza del principio sta, quindi, nel fatto che le parti possano stabilire liberamente i modi e i limiti dell'intervento del giudice. Parallelamente, la tesi in esame, attribuisce al riconoscimento della domanda natura di atto processuale (sottraendolo, pertanto, al regime di validità dei negozi giuridici di diritto sostanziale), ne individua l'oggetto nella domanda attorea (intesa come “atto con cui affermando esistente una volontà concreta di legge, positiva o negativa, favorevole all'istante, questi invoca l'organo dello Stato perché attui tale volontà”), ne predica l'efficacia vincolante per la pronuncia giudiziale (salvo il caso dell'insussistenza di una norma giuridica astratta applicabile al caso concreto, della carenza dei presupposti processuali, della contrarietà a norme inderogabili e della vertenza del processo su diritti indisponibili) e ne rinviene il fondamento normativo, pur in assenza di un'espressa previsione legislativa in materia, nel principio dispositivo e nel principio di oralità, concentrazione ed immediatezza dei giudizi. In qualche modo, pertanto, anche tale tesi, pur nella consapevolezza dell'assenza, all'interno del nostro ordinamento, di una specifica disciplina

dell'istituto, assume come principale argomento a sostegno della sua autonoma configurabilità, anche e soprattutto dal punto di vista effettuale, la stretta connessione tra riconoscimento della domanda, principio dispositivo e principio di economia processuale. Ora, della nozione di principio dispositivo vi sono notoriamente due accezioni: per principio dispositivo sostanziale, o principio della domanda, si intende il monopolio delle parti nell'attivazione dell'attività giurisdizionale e nell'allegazione in giudizio dei fatti costitutivi individuatori del diritto controverso, per principio dispositivo processuale si intende il monopolio delle parti nell'allegazione in giudizio dei fatti non individuatori (secondari, ovvero modificativi/imperditivi/estintivi) e nella deduzione dei mezzi istruttori. Il principio dispositivo sostanziale, il cui fondamento normativo è rinvenibile nel disposto degli artt. 99 e 112 c.p.c., affonda le sue radici nella disponibilità sostanziale del diritto dedotto in giudizio e rappresenta, pertanto, l'espressione di un'inderogabile esigenza di autonomia privata, poiché ogni sua limitazione inciderebbe immancabilmente sulla libera disponibilità del diritto medesimo. Il principio dispositivo processuale, di contro, il cui fondamento normativo è rinvenibile nel disposto dell'art. 115 c.p.c., risponde ad esigenze di mera opportunità ed economia processuale, nel senso che, con la sua applicazione, si cerca semplicemente di impedire che il giudice, attraverso l'esercizio di poteri istruttori ufficiosi, perda la propria imparzialità di giudizio e, al contempo, si produca un'inutile dispendio di attività processuale dell'ufficio giudicante. Tornando alla figura del riconoscimento, in considerazione del suo oggetto, rappresentato dalla domanda giudiziale e dal diritto sostanziale da essa veicolato, e degli effetti che gli vengono attribuiti (si ribadisce, il riconoscimento porterebbe al necessario accoglimento nel merito della pretesa attorea), sembra che esso debba più precisamente essere ricondotto al principio dispositivo sostanziale. In via generale, non si può che condividere quanto affermato dai detrattori della tesi suddetta: il principio dispositivo sostanziale accorda alle parti il monopolio nell'attivazione dell'attività giurisdizionale e nella definizione del thema decidendum, ma, in ragione del principio iura novit curia, alla stesse non è concesso di predeterminare il contenuto della decisione giudiziale in punto di diritto. In via generale, ma occorre chiedersi: in un processo avente ad oggetto diritti disponibili, in presenza di uno specifico atto processuale, quale il riconoscimento della domanda, rappresentativo in massimo grado della volontà del convenuto di aderire alla pretesa attorea, ove la valorizzazione della sua efficacia permettesse di giungere prontamente e senza dispendio di inutile attività processuale ad una sentenza di merito ad esso conforme, non si potrebbe forse sostenere che, in virtù del più generale principio di economia processuale, i poteri dispositivi delle parti possano eccezionalmente estendersi e andare ad incidere vincolativamente sul contenuto della decisione giudiziale nella sua totalità? Perché, qualora si ammettesse l'effettiva operatività dell'istituto del riconoscimento della domanda nei termini di cui alla tesi in esame, lo stesso rappresenterebbe davvero un ottimo strumento di economia processuale. (MINORETTI, Silvia. **Il Riconoscimento della Domanda**. Milano: Università degli Studi di Milano Scuola di Milano, 2011. 117 p. Dottorato in Scienze Giuridiche – Dipartimento di Diritto Pubblico, Processuale Civile, Internazionale ed Europeo. P. 82-83)

¹³⁶⁵Ciertamente, el primero y más importante de esos principios es el que deriva de la naturaleza misma del derecho sustancial del cual, mediante el proceso, se pide la protección. Se habla, a este propósito, por la doctrina europea, de un principio dispositivo (dispositionsprinzip o dispositionsmaxime): e, principio de la máxima disposición de parte. Pero para comprender este principio fundamental es necesario un cierto discurso. En efecto, hay que tener presente que el proceso, lejos de ser en sí mismo, no es otra cosa que un instrumento: es el instrumento excogitado al objeto de compner las Litis garantizando la efectividad – la observancia, y la reintegración para el caso de inobservancia – del derecho sustancial. La necesidad de este instrumento está postulada por todos los ordenamientos de los pueblos civilizados. Significa que los pueblos han renunciado a confiar a la fuerza y a la venganza la protección o reintegración de los derecho subjetivos sustanciales para confiarla, en cambio, a un sujeto imparcial, el juez, que opera en un procedimiento dispuesto y ordenado por las normas y por las costumbres. Pero este carácter de la instrumentalidad del Derecho Procesal, y de la instrumentalidad, por consiguiente, de la técnica misma del proceso, implica una consecuencia importante : lo mismo que cualquiera otro instrumento, así también aquel instrumento que es Derecho Procesal, para ser eficaz o sea para conseguir cumplir eficazmente su finalidad, debe adaptarse a la particular naturaleza del propio objeto. En otras palabras, debe asumir aquellas técnicas y valerse de aquellos institutos que son los más idóneos para el objeto de la garantía del derecho sustancial. Pero así como el derecho sustancial puede tener diversa naturaleza, así también el Derecho Procesal, precisamente por su carácter instrumental, debe saber adaptarse a aquella diversa naturaleza. La demostración más próxima en el tiempo, por no decir también en el espacio, es aquella a la que se ha aludido ya, y que hace referencia a los países del este europeo, en su comparación con el mundo denominado occidental. La característica esencial de los sistemas jurídicos comunistas es la abolición, en principio, de la propiedad privada: en otras palabras, la abolición del carácter privado de los derechos sustanciales patrimoniales, reales y personales. Cualquier texto jurídico ortodoxo de aquellos países, lo dice opertis verbis. La misma división bipartida del derecho en público y privado no sería otra – cito de un conocido procesalista polaco, Marian Wallgurki – que un resultado del sistema económico-social de los Estados capilísticos, apoyado sobre la propiedad privada, y un resultado, por consiguiente, del correspondiente criterio tradicional que distingue los intereses tutelados por el derecho en intereses colectivos

Esta característica esencial de la tutela judicial del derecho privado obedece a un principio estructural del mismo: el principio de la autonomía de la voluntad. La tutela judicial configurada de acuerdo con el principio dispositivo no es más que la continuidad, en el plano procesal, de la libertad de ejercicio y de disposición que sobre los derechos subjetivos privados y otros intereses igualmente privados reconoce el Derecho Material. Hasta tal punto es así que se ha entendido no pertenecen a la normativa del proceso, aunque sea en el proceso cuando salen a la luz, sino que conciernen a la tutela jurídica de los intereses materiales, concretamente haciendo que la libre voluntad de la parte sea la condición y la medida del otorgamiento jurisdiccional de esa tutela. Consiguientemente, si en la vida social se plantea un caso en que las normas de Derecho Privado no son, o no parecen ser, respetadas, son muy diversas las posibilidades de que sea cerrado sin que los tribunales deban ejercer su potestad jurisdiccional sobre el mismo.¹³⁶⁶

O princípio em alento segue a autonomia vontade¹³⁶⁷ das partes em um modelo de Estado Reativo, no qual a mão invisível do Estado era o lema principal para a projeção de um Processo Civil notadamente liberal individualista.¹³⁶⁸ Limita-se assim a vontade do juiz no tocante a sua função jurisdiccional, delimitando com o ideário iluminista a decisão arbitrária e fundamentada pela filosofia da consciência do Estado-Juiz.¹³⁶⁹

e intereses individuales. (CAPELLETTI, Mauro. **El Proceso Civil en el Derecho Comparado: Las Grandes Tendencias Evolutivas**. Peru: Ara Editores, 2006. P. 31-33)

¹³⁶⁶RAMOS, Manuel Ortells. **Derecho Procesal Civil**. 8ª Edición. Barcelona: Arazandi, 2016. P. 39-40.

¹³⁶⁷O fundamento do princípio dispositivo, na opinião da doutrina majoritária, se encontra na própria estrutura do modelo econômico e jurídico acolhido por nosso ordenamento, e especialmente, pela Constituição no que se reconhece o direito à propriedade privada e a liberdade da empresa no marco da economia de mercado. Em consequência, opta por um determinado modelo que implica uma distinção clara entre interesses privados e públicos, e a admissão de uma ampla margem à autonomia da vontade e a iniciativa dos particulares. Desta forma, se for transposta a proteção constitucional da propriedade privada no âmbito do processo, pode-se encontrar – ainda que de forma indireta – certa fundamentação constitucional do princípio dispositivo. Em definitiva, entendendo o reconhecimento constitucional da propriedade como um dos pilares básicos do Estado de Direito, exige que o processo civil que possa configurar o legislador deva estar informado pelo princípio dispositivo, motivo pelo qual este princípio está presente em toda evolução parlamentar da LEC 1/2000. (JUNOY, Juan Picó y. **O Juiz e a Prova**. Estudo da Errônea recepção do Brocardo iudex iudicare debet allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P.88-89)

¹³⁶⁸Como decíamos antes de la concepción liberal individualista llevó a considerar que la naturaleza privada de los intereses puestos en juego en el proceso civil, debía significar también que las partes eran dueñas del proceso mismo. Este error de base de los Código del Siglo XIX proviene de la desconfianza que una mente liberal siente frente a las actividades del Estado y ahora, no concreto, frente a los órganos jurisdiccionales. Estos, en la concepción liberal, están al servicio de los particulares para solucionar, cuándo y como aquéllos estimen conveniente, los conflictos de intereses. De ahí la limitación de los poderes del juez. Muy significativa es la opinión de Manresa, el principal autor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, según el cual la mejor ley de procedimientos es la que deja menor campo al arbitrio judicial, por cuanto este arbitrio es incompatible con las instituciones liberales. La publicización há puesto de relieve este error, y hoy hay que partir de la distinción entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte, considerando que la naturaleza jurídica privada, y por lo tanto disponible, de los intereses en juego en el proceso civil no es ni más presupuestos de aportación de parte. El reconocimiento del carácter de derecho público de las normas procesales, impone nuevos límites al reparto de funciones entre el juez y las partes. El principio de aportación de parte suele referirse a dos aspectos que pretenden igualarse, cuando responden a presupuestos y defectos distintos. (AROCA, Juan Montero. **Poderes del Juez y Poderes de las Partes**. Roma: Cedam-Padova, 1988. P. 154)

¹³⁶⁹Pues bien: este cambio profundo de la naturaleza del derecho sustancial (cambio que me limito a constatar, sin querer expresar en modo alguno aquí sobre él ningún juicio de valor, ya que no sería éste el lugar a propósito para ello, ha comportado también un profundo cambio de Derecho Procesal. Ha sido un cambio absolutamente lógico y necesario, dada aquella premisa; tan lógico y necesario que en la Alemania oriental, por ejemplo, el mismo se

É clara a sistematização do princípio dispositivo, ele desenvolveu-se frente a rígida distinção entre questões de fato e questões de direito. As questões de fato são introduzidas ao Processo pelas partes, já a questão de direito corresponde diretamente aos atos jurisdicionais tomados pelo Estado-Juiz. Por muito tempo, a cisão foi tida como tecnicamente necessária, mas com advento das incertezas produzidas no bojo da adaptação existencial ocorre a necessidade de que se dissolva a diferenciação entre questão de fato e questão de direito.¹³⁷⁰

2.2 - A Ressignificação do Princípio Dispositivo pelo Princípio Dispositivo Constitucionalizado

Nos termos postos, foi visto que tradicionalmente o princípio dispositivo é atrelado ao controle do Judiciário pelo objeto do processo e distanciação dos reflexos políticos junto ao jurídico, por se ter que o princípio em comento é responsável por delimitar os contornos do que será decidido.

Isso reflete a perfeita utopia - liberal – que se baseia em retirar a discussão das praças públicas e reduzi-las á proteção dos interesses privados, reduzindo o Estado à separação dos três poderes, sendo o legislador o produtor da norma e o juiz como aquele que declara a norma. Assim, o paradigma rígido liberal “resolve” o problema dos fenômenos plurais por meio de uma atitude neutra, retirando resquícios políticos.¹³⁷¹ Somente aos fatos que correspondem a devida normativa adentram no “mundo jurídico”, sendo aqueles outros considerados *inexistentes* para o direito, por não corresponderem necessariamente a uma norma.

ha verificado aun sin producirse un cambio del Código de Procedimiento Civil (como he dicho ya, la Zivilprozessordnung de 1987 ha continuado allí en vigor hasta hoy). (CAPELLETTI, Mauro. **El Proceso Civil en el Derecho Comparado: Las Grandes Tendencias Evolutivas**. Peru: Ara Editores, 2006. P. 33-34)

¹³⁷⁰La systématisation du principe dispositif autour de cette maxime n’est pas surprenante puisqu’il est considéré que « la distinction entre le fait et le droit n’est pas purement théorique, elle a un corollaire technique immédiat au regard de la matière litigieuse: le fait, brevitatis causa, appartient par nature aux parties. Le droit sauf exception, relève in fine du juge ». Motulsky avait insisté sur cette « scission indispensable » qui caractérise la répartition des rôles du juge et des parties et qui est formalisée clairement dans les dispositions liminaires du Code de procédure civile. Cette systématisation a ainsi permis d’envisager les pouvoirs respectifs des parties et du juge quant au fait et au droit. Elle a permis d’insérer le principe dispositif au regard de l’ensemble des mécanismes instaurés par les dispositions liminaires. Pour autant, si cette maxime peut être envisagée comme « une expression traditionnelle du principe dispositif » elle ne s’assimile pas avec lui. La maxime « da mihi factum, dabo tibi jus » n’est qu’une image pour décrire le procès. C’est outil de pensée qui ne prétend pas être du droit. Il ne faut en effet pas confondre l’aptitude d’une pensée à être comprise par des dispositions techniques et l’assimilation de la pensée au droit. Une pensée est nécessairement relative et ne saurait prétendre à être une réalité. Dit autrement, elle permet de comprendre le droit, mais elle n’est pas du droit. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L’adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.253)

¹³⁷¹TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical**. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofia. P.61.

Nesse sentido, o princípio dispositivo em sua formação de cunho liberal, tem que as partes devem limitar o litígio que será julgado pelo juiz. O juiz, nesse sentido, não poderia decidir *além* do que foi posto pelo objeto do processo.¹³⁷² Essa ideia revela um caráter

¹³⁷²Le procès équitable, le droit pour les parties à la délimitation d'un litige devant le juge. La possibilité pour les parties de délimiter leur litige par les prétentions, par la formulation des demandes fait l'objet d'une attention particulière par les juridictions suprêmes, elle se révèle être inhérente au procès équitable. Le procès ne sera pas équitable si les parties ne délimitent pas leur litige devant le juge, plus précisément il ne sera pas équitable si elles ne délimitent pas un seul litige devant le juge. En effet, non seulement la délimitation du litige est garantie par le procès équitable (A) mais la délimitation d'un litige est garantie par le procès équitable (B). A. La délimitation du litige, garantie par le procès équitable. La délimitation par les parties du litige se caractérise par l'émission de prétentions dans le cadre du procès. Le droit au juge garantit cet aspect de l'office des parties. Egalement dénommé droit à un tribunal, le droit au juge ne doit pas être confondu avec le droit à un recours. Consacrée notamment par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, cette distinction entre le droit à un recours et le droit à un tribunal sert de support à la distinction entre les articles 6§1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 6§1 garantit le droit à un recours juridictionnel, le droit à un tribunal tandis que l'article 13 garantit le droit à un recours qui n'est pas forcément juridictionnel et qui peut donc être administratif. Tandis que la violation de l'article 6§1 est subordonnée à la constatation de la violation d'un droit garanti par la Convention, celle de l'article 13 qui garantit le droit à un recours effectif ne l'est pas. Il est donc possible de demander la sanction de la violation de cet article pour ineffectivité du recours alors même qu'aucun droit garanti par la Convention n'aurait été violé. Un temps, l'article 13 était absorbé par l'article 6§1 de la Convention européenne. La violation de l'article 6§1 constituait nécessairement une violation de l'article 13. De la même manière, si la violation de ce dernier était constatée alors la Cour européenne ne se penchait pas sur l'examen des allégations relatives à l'article 13. Cette jurisprudence a été abandonnée en matière de délai raisonnable dans son arrêt Kudla contre Pologne en date du 26 octobre 20001. Ce constat résulte de l'autonomie progressive de l'article 13 vis-à-vis de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le principe dispositif n'est donc pas garanti par le droit à un recours consacré par l'article 13 de la Convention européenne mais bien uniquement par l'article 6§1 de la Convention qui consacre le droit à un tribunal. L'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme et la jurisprudence qui en découle ne sont pas les seuls instruments juridiques permettant de s'assurer du caractère équitable de la procédure. Il faut également compter sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui est, dans l'ordre juridique interne, le garant de la protection des droits fondamentaux. Les juges constitutionnels s'ils n'ont jamais consacré le principe dispositif mais lui accordent une protection indirecte ainsi qu'en témoigne la jurisprudence relative au droit au juge. Aussi, la protection accordée par les juridictions suprêmes au droit pour les parties à délimiter leur litige devant le juge permet de mettre en évidence la nature fondamentale du principe dispositif. C'est ce qui ressort de l'étude du droit au juge au regard de la jurisprudence européenne (1) et de la jurisprudence constitutionnelle (2). 1. La délimitation du litige, garantie par la protection conventionnelle du droit au juge. Le droit au juge a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt «Golder» en date du 21 février 1975, il est un véritable droit fondamental, il implique le droit pour les justiciables d'obtenir une décision de justice d'une juridiction pour la violation d'un droit établi par la législation nationale. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, doit être qualifié de tribunal tout organe établi par la loi qui «tranche sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence». Le droit fondamental à un tribunal, au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne, repose sur deux critères: un critère formel et un critère matériel. Ces deux critères sont cumulatifs et révèlent que la Cour européenne a une approche étatique du droit au juge. Par «tribunal établi par la loi», il faut entendre le tribunal qui est établi par le Parlement et non par le pouvoir exécutif. Véritable critère de définition du tribunal, l'exigence de légalité a été posée pour lutter contre la création des juridictions d'exception. En outre, derrière l'expression «établi par la loi», il faut comprendre qu'il n'est de tribunal qu'un tribunal conforme à la loi, autrement dit il faut que les règles de procédure, régissant le tribunal, aient été respectées. N'est pas, par exemple, un tribunal, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, la «juridiction» qui a rendu une décision alors même que les règles de désignation des magistrats n'ont pas été respectées. La conformité du tribunal à la loi est appréciée par les autorités judiciaires qui disposent d'un pouvoir d'interprétation de la loi en la matière mais elle ne peut être laissée à leur discrétion. Envisagée au regard de la notion européenne de tribunal, il ne fait aucun doute que le tribunal devant lequel se déroule le procès civil est un tribunal au sens européen du terme devant lequel est garanti le droit au juge. Si le tribunal au sens européen doit être établi par la loi, il doit également être doté d'une plénitude de juridiction. Comme le relève une partie de la doctrine, la plénitude de juridiction est une notion incertaine. Pour reprendre les termes du Professeur Renucci, «l'article 6 de la Convention garantissant le droit à un procès équitable entend donner à la notion de justice un fondement légaliste: la conception judiciaire de la justice repose sur la conformité de la solution à la loi». La Cour

européenne des droits de l'homme a donc considéré que le fait pour le Conseil d'Etat de s'en remettre en à l'appréciation du Ministre des affaires étrangères pour l'interprétation d'un traité international ayant un contenu ambigu constituait une abdication de sa fonction juridictionnelle, et qu'il ne devait dès lors pas être reconnu comme un tribunal au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La question s'est posée de savoir si la notion de plénitude de juridiction imposait que le juge ait un pouvoir de réformation de la décision ou si un simple contrôle de légalité suffisait. Il semble que la jurisprudence européenne impose de distinguer selon que l'on se trouve en matière pénale ou en matière civile. Dans la première hypothèse, le pouvoir de réformation est nécessaire pour que l'on considère qu'il y ait un tribunal tandis que dans la seconde, l'exercice d'un pouvoir de réformation n'est pas exigé. En garantissant l'accès au juge, c'est donc le droit à la formulation des demandes qui est garanti mais également le droit à l'obtention d'une décision de justice conforme au droit qui est garanti. Il s'agit donc bien de la protection du principe dispositif qui se révèle être au cœur du procès équitable.

538. Le caractère fondamental du principe dispositif est confirmé par la protection dont fait l'objet l'action en justice qui est le mécanisme grâce auquel les parties peuvent formuler des demandes. En effet, le droit d'agir en justice et le droit au juge, s'ils ne recouvrent pas la même notion, sont intrinsèquement liés. Le droit d'agir en justice est un mécanisme permettant d'accéder au juge. Le droit au juge comprend le droit au recours juridictionnel. Ainsi que l'a démontré Mme Milano, le droit d'accès à un tribunal est fondé sur le droit d'agir en justice. On sait néanmoins que «la théorie de l'action est une théorie malheureuse». La notion d'action en justice ne semble faire l'objet d'aucun consensus au plan processuel. Elle est une notion bien connue en procédure civile; elle l'est également en matière pénale mais ne semble avoir aucune réalité concrète dans le procès administratif. Pour autant, il ne fait aucun doute que l'action en justice est un mécanisme commun à la justice étatique et inconnue de la justice consensuelle. L'analyse de l'action en justice en droit processuel, tant horizontal que vertical, vient confirmer que l'action en justice est commune à l'ensemble des procès. L'action en justice est la marque du caractère étatique du mode de règlement des litiges, la marque de la justice publique. Elle est donc l'élément qui permet de caractériser le règlement juridictionnel étatique des litiges elle est une composante du droit au juge. L'omniprésence de l'action en justice dans les procès civil, administratif et pénal est la marque de la consubstantialité de l'action avec le procès. La nature de l'action en justice a toujours intrigué la doctrine. Droit? Prérogative? Si aujourd'hui on s'accorde pour dire que l'action et le droit substantiel se distinguent, il n'en reste pas moins qu'ils entretiennent des relations privilégiées. Il suffit de rappeler le classement des différents types d'action en justice en fonction du droit en cause. L'action n'est pas dénuée de tout rapport avec le litige ainsi que le prétendait Vizioz. Il a justement été souligné en doctrine que « si l'action ne postule pas, en tant que telle, l'existence du droit revendiqué, elle n'est pas indifférente à la nature et aux caractères de ce dernier». Effectivement, la nature du litige peut jouer un rôle non seulement sur les conditions d'ouverture de l'action mais également sur son régime juridique. L'exemple de la prescription est à ce titre très révélateur. Il est logique qu'une action en contestation d'un acte administratif n'obéisse pas au même délai qu'une action en résiliation d'un contrat et encore moins à des délais identiques que ceux applicables en matière pénale. Les intérêts en cause diffèrent. Ils imposent des délais distincts et ce même dans un même champ juridique. C'est ainsi, qu'en droit privé, malgré la réforme générale de la prescription opérée par la loi n°2008 du 17 juin 2008, des régimes dérogatoires existent. L'exemple de la filiation est à ce titre très révélateur. Réformées par l'ordonnance n°2005 du 4 juillet 2005 ratifiée par la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009, les actions en matière de filiation connaissent un régime de prescription très restrictif en raison de la volonté de sécurisation du lien de filiation¹. Dans ces hypothèses, l'intérêt n'est pas seulement privé, il est aussi général, la filiation étant un élément de l'état des personnes, elle est indisponible. L'influence du droit sur l'action est logique dans la mesure où cette dernière «réalise la jonction entre le droit substantiel et la procédure pour en assurer la sanction». L'idée que l'action en justice est un droit fondamental est récente, et nous le reconnaissons, certainement sujette à controverse d'un point de vue purement technique. Néanmoins, nous rejoignons le Professeur Bandrac lorsqu'elle avance que «droit sous contrôle parce que fondamental, l'action prend finalement dans l'ordre des principes, l'importance que l'analyse technique des mécanismes procéduraux n'impose pas de lui donner. Mais par le contrôle qui s'exerce désormais sur ce nouveau droit fondamental, c'est le dernier pré carré du droit procédural que les sources supralégislatives viennent emporter». Or, pour reprendre la définition proposée par le Professeur Niboyet, «dans une acception large, applicable à tous les types de contentieux, l'action est le droit, à certaines conditions déterminées, à un recours devant un juge investi du pouvoir de trancher les litiges pour obtenir une décision de justice». En droit judiciaire privé, «berceau» de l'action en justice, celle-ci est expressément prévue par l'article 30 du Code de procédure civile qui pose que «l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention». Cette définition légale a conduit une partie de la doctrine, sous l'influence de Motulsky, à voir dans l'action en justice un véritable droit subjectif. Pour autant, s'il est clairement établi que l'action en justice se distingue du droit substantiel en cause¹, la question de sa nature juridique n'est pas claire. On connaît les objections traditionnelles faites à cette qualification¹, objections qui ont conduit certains auteurs à ne voir dans l'action en justice qu'une prérogative légale. Malgré des controverses sur la nature de l'action son existence en procédure

individual-privatista, que não coaduna com a função pública do processo e com a responsabilidade sócio-política do juiz. O direito, nesse sentido, é utilizado apenas como *lei*, como *reivindicação* – e nada mais do que isso, pois o processo é, sobretudo, proteção da propriedade e frente ao Estado.

Para os liberais, a juridicização dos conflitos torna o sujeito reacionário a partir da lei, e não a partir do direito. Porém, ao restringir a política e assumir esta somente como um procedimento, e não como um espaço comum de deliberação, acabam sendo gerados contextos que não permitem ao cidadão exercer uma postura pública com reflexão sobre a vida em comum, sendo considerados como “não-humanos” ou “sem-parcela”.¹³⁷³

A juridicização é inevitável, porém, não podemos aceitar que o processo seja demarcado somente pelo aspecto legal que autodetermina o ser pelo *dever ser*: o Estado Reativo retira da sociedade a politização da existência, ou seja, afirmando a ideia tradicional que o judiciário é um espaço apolítico. Deve-se superar que a função jurisdicional somente venha por fim ao Processo com a resolução do mérito do processo pela subsunção entre o suporte fático que

civile est certaine. En matière pénale, le terme d'action en justice n'est pas utilisé, le terme n'est connu qu'au travers de la distinction entre l'action publique et l'action civile. Cependant, il ne fait aucun doute que l'action en justice existe dans la mesure où il existe en matière pénale un véritable droit au juge¹. Enfin, en matière administrative, le vocable n'est pas utilisé ce qui pourrait laisser croire que l'action en justice est une notion autonome du procès, en ce sens qu'il pourrait y avoir un procès sans action en justice. Néanmoins, pareille analyse est erronée. Si en la matière, le terme n'est pas utilisé et les expressions de «recevabilité» et de «recours» sont préférées à celle d'action en justice, l'absence d'utilisation du terme ne permet pas de conclure à l'inexistence de l'action en justice. Pour preuve, l'analyse structurale, proposée par le doyen Héron en matière civile quant à l'action en justice, qui rejoint celle proposée par les auteurs publicistes et qui tend à ne pas distinguer l'action des demandes et défenses. Cette analyse, qui prévaut en matière administrative, n'éluide pas la question de l'action mais l'étudie au travers de ses effets, les actes procédurales. Il ne fait par conséquent aucun doute que l'action en justice est présente dans l'ensemble des contentieux. Le Professeur Chapus fait à ce titre référence, à propos du droit d'agir en justice, à une liberté publique. Motulsky était clair sur ce point: «dans le contentieux administratif, le concept d'action est en quelque sorte oblitéré par une autre notion, qui est celle de recours. (...) Le recours a un contenu plus large que l'action en procédure civile, car il englobe à nouveau les trois composantes du procès: régularité, action, fond, (et même la quatrième, l'accès aux tribunaux). Il n'empêche que ces composantes se retrouvent nécessairement dans la notion de recours». La demande en justice est un effet de l'action, elle concrétise la mise en œuvre de l'action en justice mais elles ne se confondent pas. La volonté de fondre l'action et la demande est actuellement défendue par l'école de Caen qui, sous l'influence de l'analyse structurale de l'action en justice menée par le doyen Héron, voit dans la demande et l'action une seule et même chose. Selon cette doctrine, «lorsque l'on parle d'action, il ne s'agit que d'une façon commode de désigner les demandes et les défenses et que le contenu que l'on attribue à l'action ne constitue rien d'autre que des conditions de recevabilité de ces actes». Nous ne partageons pas l'analyse. S'il est certain que parler d'action revient à parler de demande dans la mesure où la demande est un effet de l'action, les deux ne sauraient se confondre. Ainsi que le soulignait Japiot, «l'action est la faculté de saisir la justice, la demande est le fait de saisir la justice». La fondamentalisation de l'action en justice par le biais du droit au juge protège l'office des parties dans la mesure où la demande n'est qu'un effet de l'action. Le droit au recours juridictionnel, en garantissant le droit d'agir, garantit le droit pour les parties de formuler leurs demandes protège donc indirectement l'office des parties en vertu du principe dispositif. le même constat peut être fait au regard de la protection constitutionnelle qui est accordée au droit au juge. (TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofía. P.257-264)

¹³⁷³TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofía. P.39.

incide a norma, aspecto meramente dedutivo de una Ciência Processual não adaptada aos novos tempos-espacos do direito. Muito do que se discute nos Tribunais não é discutido, por razões e interesses, pelo legislativo, o que importa conhecer importante vigor ao Estado-Juiz.¹³⁷⁴

Para se compreender democraticamente o princípio dispositivo, pode ser diferenciado o princípio dispositivo *antes* da constitucionalização do direito do princípio dispositivo *após* a constitucionalização do direito, pois nunca teve tanto relevo historicamente o princípio dispositivo como uma norma absoluta.¹³⁷⁵

Com a constitucionalização do direito, é importante reestruturar a dimensão das clássicas formas do processo, principalmente no que toca à participação democrática, e para que isso ocorra é necessário desvelar os dogmas tradicionalmente aceitos e propagados junto ao Processo, pois, conforme colocado no trabalho, o processo é a gênese do direito em uma Democracia, passando a existir *ius* com o direito objetivo processual.

Autores como Benabentos¹³⁷⁶ tratam a revisão do princípio dispositivo como um tipo de *neo-inquisitorialismo*; para defender que no século XXI a jurisdição volta-se ao respeito da

¹³⁷⁴Trataré de ilustrar mi argumento con la legislación sobre el aborto en Colombia. La legalización del aborto se llevó a cabo a través de la juridización de lo que representaba para algunas mujeres engendrar hijos en condiciones de malformación hereditaria, em peligro para la vida de la madre o como resultado de un acceso carnal violento. Lamedida se llevó a cabo a partir de los preceptos legales que hacen viable el reconocimiento por parte del Estado. Lo que hay que resaltar es que el derecho se logro sin una transformación política previa sino, por un fallo jurídico: se anuló el conflicto por el consenso legal. La medida no concientiza a la población frente a las implicaciones psicológicas del aborto en las mujeres y el cambio cognitivo que implica adoptar hábitos de anticoncepción saludables. La Ley aparece desprendida de todos los referentes simbólicos que generan una transformación en las mentalidades hegemónicas y subordinadas; tal como se presenta, sólo resuelve un aspecto minúsculo del problema, porque de todas formas los índices de aborto en Colombia siempre han sido altos con o sin Ley pro aborto. En el caso de la legislación sobre el aborto, la política ha sido la gran ausente. Hacer parte de lo político implica asumir conciencia frente a la injusticia en la medida en que tomar postura transforma cognitivamente las identidades en conflicto. El liberalismo no cuenta con la posibilidad de generar esas transformaciones porque el fanatismo hacia las libertades individuales ha hecho que las personas se desvinculen de lo que implica la indignación moral. El liberalismo deja toda la dimensión psicosocial como si se tratase de un aspecto de la conciencia individual y demanda de los ciudadanos um desprendimiento de todos aquellos aspectos que constituyen la identidad. (TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofia. P.62)

¹³⁷⁵SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: 2002, Forense. P.48-49.

¹³⁷⁶La neo-Inquisición procesal encierra mitos tales como la atribución de excesivos poderes de los jueces, en especial en materia probatoria, la sobredimensionada publicización del proceso civil, la búsqueda de la verdad real a todo trance. Estas son las tesis centrales de un caduco modelo de juzgamiento frente a las que ha levantado sus banderas el garantismo procesal. Si es verdad que el plano científico-procesal debe plantearse desde una perspectiva "ultra-externa," como lo quería Carlos Nino, la iusfilosofía debe observar el fenómeno procesal desde ese punto, es decir, "desde afuera". Por eso para la corriente garantista el dilema no pasa por "describir" datos existentes en la realidad procesal. En este sentido descriptivo es "un dato" que en Latinoamérica impera - mayoritariamente- el sistema de procesamiento penal mixto y su símil en material civil. La propuesta dogmática debe ser más ambiciosa. Se exige que deba justificarse (con fundamentos serios) cómo ese sistema se compadece con las prescripciones constitucionales que remiten al juez, esencialmente, a su deber de fallar y no lo imaginan investigando o probando, a santo de encontrar la inasible verdad real. Luego, el compromiso del procesalismo de este siglo XXI, siglo donde se ha intensificado la lucha por el respeto hacia la persona humana, su ámbito de libertad y la fortificación de los límites del individuo frente a la injerencia Estatal, debe ser mucho más

pessoa humana, sendo o processo e a participação judicial essencial para perseguir esse núcleo; porém, prefere-se falar na *constitucionalização* do princípio dispositivo, denotando o sentido expressado pelo ora autor.

De mero princípio geral da ciência processual o princípio dispositivo passa a ser um princípio geral de direito que se dispõe ao Processo como direito humano e fundamental. Manifesta-se no tocante a ordem pública pela garantia das tutelas jurisdicionais voltada a formação do processo, aos ofícios, deveres e cargas das partes envolvidas. A constitucionalização do princípio dispositivo apresenta uma abertura da normatividade ampliada junto a constitucionalização de muitos outros institutos processuais que ganham reconfiguração e podem contribuir para a desformalização do processo tido como meio dedutivo-lógico, abrindo espaço para princípios relevantes, em particular o princípio do contraditório, o princípio da celeridade voltado à satisfatividade da tutela e o princípio da boa-fé processual calcado na lealdade.¹³⁷⁷

O princípio dispositivo, pelo exposto, passa a ser o elemento crucial para o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses em um jogo dialético-dialogal explicitado e construído pelas partes em colaboração reativa que expõe ao fenômeno a compreensão hermenêutica. Neste sentido, o princípio em alento reconduz a função jurisdicional pela colaboração reativa das partes, somado ao princípio do contraditório constitucionalizado ressignifica-se amplamente em sua estrutura e função.

Tem relevo nesse novo tempo - e principalmente para a sua estrutura e função reveladora de novos sentidos - conceitos como o da boa-fé processual, na colaboração reativa, na adaptação existencial apregoada à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos e fundamentais, a transparência e a comunicação dos atos públicos, como representações de alguns dos elementos essenciais de uma nova herança processual e governança processual das partes.

Todos os sentidos são conceituados entorno originariamente da *aidos* (definido como respeito e que esse foi articulado com os anseios de pós-modernidade/hiper-modernidade/não-modernidade/trans-modernidade, assim todos projetam um mundo ético, constituindo de certo

comprometida y no reducirse "a pintar" aquello que -penosamente- acontece en la praxis procesal de nuestra región. (BENABENTOS, Omar A. **Teoria General del Proceso**. 2. Rosario: Editorial Juris, 2005. P. 202-203)

¹³⁷⁷Se pose alors la question de la technique de la clarification du régime. Elle doit à notre sens passer par la constitutionnalisation du principe dispositif car la valeur juridique actuelle du principe dispositif n'est pas connue en raison de l'inadéquation des qualifications juridiques qui lui sont attribués, inadéquation qui ne lui assure donc pas une effectivité suffisante au regard des menaces qui pèsent sur lui. L'état du droit positif révèle que l'avenir du principe dispositif est menacé par les nouveaux principes directeurs du procès civil en particulier par le principe du contradictoire, le principe de célérité et le principe de loyauté. Il convient donc tout d'abord de démontrer que la clarification du régime du principe dispositif est utile pour ensuite démontrer qu'elle est possible. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit.P.299)

modo uma racionalidade ética), que foi, juntamente com o *diké* (justiça), o dom de Zeus aos homens para evitar a discórdia nas cidades. Com uma boa dose de sabedoria, Zeus não ofereceu aos homens a mesma lei em si (que varia de uma cidade para outra), mas a relação com a lei, mais essencialmente, expressada pela justiça (*diké*) e pelo respeito mútuo entre os cidadãos (*aidos*).^{1378,1379,1380}

O processo é impulsionado pelo princípio da iniciativa (*nemo iudex sine actore*) e pelo princípio da demanda, de modo que ambos servem de base para o princípio dispositivo. Este, por sua vez, abre espaço a formação e desenvolvimento processual explicitando o objeto do processo substancial e formal, além de possibilitar a dialética processual junto ao objeto do debate processual, assegurada pelo princípio do contraditório constitucionalizado.

O princípio dispositivo no campo do Processo Civil amplia seus horizontes pelo princípio da iniciativa, o qual serve de fundamento não só para as cargas, ofícios e deveres processuais das partes, mas também para exigências das demandas procedimentais e das demandas que visam assegurar a regularidade da instância. Ambos princípios não podem ser confundidos mas estão intimamente vinculados. Portanto, o princípio da iniciativa deve ser respeitado para que o princípio dispositivo faça sentido no sistema jurídico atual.

No tocante a execução dos ofícios do juiz, este encontra em um emaranhado de ofícios, deveres e cargas processuais, os quais partilha com as partes, essa execução é efetivada com administração da justiça, ou melhor, com a função processual legitimando assim sua função jurisdicional: deve o juiz decidir o fenômeno levado ao processo, extraído deste a norma jurídica pela via interpretativa que amplia-se pelos textos e contextos representados como metáforas vivas em um teatro que ganha vida pela gramática processual projetadas por

¹³⁷⁸Oggi questi miti si sono dissipati e le dicotomie sono state profondamente relativizzate permettendo al fattore umano di venire alla ribalta. Siamo consapevoli del fatto che qualsiasi meccanismo regolamentare non potrà, di per sé, scongiurare la minaccia di super-individualismi. Quindi facciamo bene a preoccuparci di una nuova cultura giudiziaria incentrata su una deontologia da ripensare. I concetti di fiducia, di auto-limitazione, di collaborazione leale, d'umanità, di trasparenza e di comunicazione rappresentano solo alcuni degli elementi essenziali. Tutti ruotano intorno al concetto originario di *aidos* (che qui intendiamo come «rispetto»), che è stato, insieme alla *dike* (giustizia), il dono di Zeus agli uomini per evitare la discordia nelle città. Con una buona dose di saggezza, Zeus non offrì agli uomini la legge stessa (che varia da una città all'altra), ma il rapporto con la legge, più essenziale, espressa dalla giustizia (*diké*) e il rispetto reciproco (*aidos*). (OST, François. Il Ruolo del Giudice verso delle nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º 3,4, 2013. Pp.701-727. P.717-721)

¹³⁷⁹Las Constituciones del siglo xx han considerado, con muy escasas excepciones que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. P. 151)

¹³⁸⁰Ver: COSI, Giovanni. *Legge diritto giustizia: Un percorso nell'esperienza giuridica*. Torino : Giappichelli, 2013. P. 101 e segs.

manifestações produzidas pelas partes em uma decisão que nasce da colaboração reativa e que vem a incidir na fundamentação da decisão e na responsabilidade sociopolítica do juiz.¹³⁸¹

Procura-se deslegitimar o alegado despotismo através da ressignificação do princípio dispositivo, que inibe o Estado-Juiz pela neutralidade de seu exercício e acercando suas atividades a imparcialidade, ampliando assim a politização do direito pelos debates democráticos e pelo exercício dos cidadãos ativos ao processo por meio da colaboração reativa, evidenciando a dinamicidade sociopolítica apresentada pela ordem privada. Conclui-se que o

¹³⁸¹Les parties, en vertu de l'article 4 du Code de procédure civile, doivent délimiter un litige par la formulation des demandes substantielles contenues dans les actes de procédure. Lorsqu'elles remplissent leur office, le juge exerce la fonction juridictionnelle. Rappelons que la maîtrise par les parties du litige se confond avec la maîtrise du fait juridique. La fonction juridictionnelle signifie donc que le juge doit trancher le fait juridique, autrement dit, qu'il doit extraire la norme juridique inhérente au fait. Plus précisément, le juge doit trancher un litige car, de la même manière que le principe de l'unité du litige détermine l'office des parties, il détermine l'office du juge. L'office des parties a ainsi pour finalité la fonction juridictionnelle. Ce constat se confirme lorsque l'on se penche sur les limites du principe dispositif. Si nous avons pu définir le litige comme le fait juridique, nous avons également vu que l'absence de litige se caractérisait par l'acte juridique. Rappelons que, lorsque les parties apportent au juge, un acte juridique, qui n'est autre qu'une norme juridique créée par le juge ordinaire, le juge extraordinaire doit en apprécier la légalité, et que, dans cette hypothèse, le principe dispositif ne s'applique pas. Il en va de même lorsque les parties apportent au juge une norme juridique qu'elles ont, elles-mêmes, créée dans le cadre d'un acte juridique. Dans ce cas, le principe dispositif n'a pas vocation à s'appliquer, pas plus que le juge a à exercer la fonction juridictionnelle. Il convient de voir que le juge du fait juridique tranche un litige (Section I), alors que le juge de l'acte juridique entérine un acte juridique (Section II). (...) La mise en perspective des relations qu'entretiennent la fonction juridictionnelle et le litige passe par la mise en évidence de leurs limites. Nous avons vu que le principe dispositif n'avait pas vocation à s'appliquer lorsque les parties apportaient au juge extraordinaire une décision de justice. Cette décision de justice n'est autre qu'un acte juridique qui contient une norme juridique créée par le juge ordinaire et qui est portée devant le juge extraordinaire pour que celui-ci en examine la légalité. Dans cette hypothèse, le juge ne tranche pas de litige, il n'exerce pas de fonction juridictionnelle, il s'assure de la conformité au droit de la norme juridictionnelle. Le juge extraordinaire, s'il est le seul juge à apprécier la légalité de la norme juridictionnelle, n'est pas le seul juge à être confronté au contrôle de légalité d'une norme. En effet, le juge ordinaire peut exercer ce contrôle de légalité lorsqu'il est saisi d'une norme conventionnelle. La norme conventionnelle est la norme contenue dans l'acte juridique créé par les parties. Nous avons vu que la fonction juridictionnelle était une fonction normative, une fonction qui tendait à la création de la norme juridictionnelle individuelle. Lorsque le juge est saisi d'un acte juridique, il est d'ores et déjà saisi d'une norme juridique. Dans ce cas, les parties ne demandent pas au juge de trancher un litige, elles lui demandent de venir entériner l'acte après un contrôle de légalité de la norme juridique contenue dans l'acte. Le juge de l'acte juridique créé par les parties, par l'homologation ne fait que vérifier la conformité de la norme conventionnelle individuelle contenue dans l'acte juridique au regard des normes juridiques générales. Il opère donc un contrôle de légalité. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.135 e 158-159)

princípio dispositivo não é uma simples norma jurídica, mas sim uma norma de ordem superior voltada ao Processo Justo.^{1382,1383}

¹³⁸²Le second temps de l'étude relative au principe dispositif a été consacré à l'analyse de la nature du principe dispositif. En effet, le renouvellement de la fonction du principe dispositif a permis de procéder au renouvellement de sa nature. Si traditionnellement, l'article 4 du Code de procédure civile est présenté comme un principe directeur du procès civil voire comme un principe général du droit, nous pensons que cette disposition renferme un droit fondamental. Le principe dispositif n'est pas une norme juridique ordinaire, mais bien une règle juridique de degré supérieur. Bien que son caractère juridique ait pu être mis en doute en raison de l'influence de la doctrine dans l'étude dudit principe, son caractère de règle de droit est certain. Le principe dispositif est une règle de procédure qui impose un modèle de conduite sur un mode impératif, plus précisément le modèle de la liberté procédurale. C'est notamment parce qu'il caractérise le modèle de la liberté procédurale que sa fundamentalité ne fait aucun doute. Il est au cœur des garanties de bonne justice, il est une garantie du procès équitable. L'office des parties en vertu du principe dispositif est protégé par le droit au juge et la neutralité du juge est protégée par les exigences d'impartialité et ce tant pour la Cour européenne des droits de l'homme que pour le Conseil constitutionnel. De manière plus large, la fundamentalité du principe dispositif est également liée aux relations qu'il entretient avec le principe de la liberté contractuelle. L'office des parties dans le cadre du procès est un, il est commandé par la liberté que celle-ci soit régie par les dispositions du Code de procédure civile ou par les dispositions du Code civil. 702. L'établissement du caractère fondamental du principe dispositif impliquait de se pencher sur la clarification de son régime. Celle-ci est apparue non seulement nécessaire mais également possible. Nécessaire car le principe dispositif est aujourd'hui menacé directement par le développement du champ d'application du principe de la contradiction et indirectement par la loyauté et la célérité de la justice qui viennent affecter l'émission des actes de procédure. Cette clarification permettra donc de procéder à ce que l'on peut considérer comme un des enjeux du XXI^e siècle, enjeu qui n'est autre que celui de la conciliation des droits fondamentaux. Elle peut passer par la constitutionnalisation du principe dispositif. Plus précisément, elle peut passer par son rattachement à l'article 4 ou à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette constitutionnalisation est nécessaire en raison des doutes relatifs à la valeur juridique du principe dispositif liés à ses qualifications de principe directeur du procès ou de principe général. Tant que le principe dispositif ne sera pas constitutionnalisé, il n'existera aucune possibilité d'endiguer l'extension du champ de la contradiction qui tend à favoriser l'égalité au détriment de la liberté des plaideurs. En outre, la constitutionnalisation du principe dispositif permettrait de participer à la protection constitutionnelle des droits fondamentaux qui doit se développer pour participer à la création d'un système propre à la France de protection des droits fondamentaux. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.343)

¹³⁸³Sostenía con clarividencia el maestro Clemente Aníbal Díaz que para determinar con precisión el concepto de los tipos procesales dispositivo e inquisitivo, se hace necesario excluir nociones ideológicas extrañas a lo genuinamente procesal, para evitar el peligro de desnaturalizar los mismos tipos procesales. Basaba dicha afirmación en que las consideraciones fundadas en corrientes ideológico-políticas vinculan el "tipo procesal dispositivo" con los sistemas liberal-individualistas y el "tipo procesal inquisitivo" con las formas autoritarias de gobierno. Sin embargo, se trata de una concepción simplista que opone los principios liberalindividualistas de "libertad del individuo y prescindencia del Estado" a los principios jerárquico-autoritarios del Estado totalitario, como señalara con acierto Lascano. La referida concepción ideológica del sistema procesal ha dado lugar recientemente a una corriente de pensamiento -autodenominada "garantista"- que postula un sistema de procesamiento civil netamente dispositivo con fundamento en que la tendencia publicística del proceso civil constituye un "híbrido ideológico" (inquisito-dispositivo) "que siembra gruesas antinomias en la dogmática y la normativa procesal". Sin embargo resulta evidente que se confunde. la técnica del proceso y su finalidad con consideraciones ideológicas ajenas al derecho procesal. Constituye clara evidencia de la precedente afirmación la circunstancia de que la tendencia publicística del proceso civil precisamente nace -conforme los estudios de Perelman y contrariamente a lo que sostienen los doctrinarios del "garantismo" que lo vinculan al autoritarismo de los regímenes nazis- a partir del proceso de Nüremberg, vale decir, con la nueva concepción del Derecho y del proceso que surge con posterioridad a la segunda guerra mundial. Esa corriente de pensamiento importó una reacción contra el positivismo jurídico y se tradujo en una concepción del Derecho menos rígida y formalista, que asigna rango preferente a la solución justa del conflicto a través del rol activo del juzgador, quien para resolver los litigios ha de acudir a la metodología de los "tópicos jurídicos" a los fines de llegar a la solución más equitativa o más aceptable, aunque siempre tomando como marco de referencia a la ley. Ahora bien, los sistemas procesales vigentes en la República Argentina, si bien son básicamente dispositivos, contienen regulaciones inherentes al sistema inquisitivo, que se traducen en las normas que promueven el activismo judicial. Se trata fundamentalmente de disposiciones legales que atribuyen a los jueces poderes o facultades para esclarecer los hechos controvertidos, intentar la conciliación o reprimir inconductas procesales con la finalidad de asegurar la eficacia de la intervención

A garantia de um Processo Justo (*Es la garantía misma del derecho justo*)¹³⁸⁴ se apresenta como um processo que possibilite a participação ativa em colaboração reativa das partes para que venha em um jogo dialético-dialogal contribuir para com o desvelamento do fenômeno conflitual, o qual justificara a criação judicial do direito pelo Processo e que será em uma compreensão hermenêutica possibilitados de novos horizontes a adaptação existencial.¹³⁸⁵

Por consequência, o princípio dispositivo supera o inquisitorialismo da *auctoritas* injustificada, ou seja, justificada em uma centralidade política produzida pelo juiz, como mera complementação democrática representativa, representando esse acerto político jurisdicional nas decisões representadas por uma filosofia da consciência solapadora da adaptação existencial e passa a ser determinado pelos textos normativos e pelos contextos fenomênicos representados pelo litígio na demanda. Determina-se assim pela pujante construção das partes (incluindo juiz como parte) na formação do objeto do processo formal e substancial e pelo objeto do debate processual, o processo passa a apresentar um jogo dialético-dialogal de perguntas e respostas que é assegurado pela colaboração reativa.

jurisdiccional y la operatividad efectiva del derecho sustancial. De estos “poderes-deberes” del juez, el que es objeto de mayores reparos por quienes postulan un sistema dispositivo puro es precisamente la iniciativa probatoria del juez y sus facultades con relación al contenido del proceso. Sin embargo y tal como con clarividencia señalaba Escalpez con relación a los reparos opuestos a la iniciativa probatoria del juez, el peligro no reside en que el juez exceda sus funciones esclarecedoras, sino en que no las ejercite en la oportunidad que le señala la ley, vale decir, que por exceso de trabajo, formación, comodidad o indiferencia no haga uso de estas atribuciones cuando la situación del pleito lo exige. Más recientemente ha señalado el maestro Morello la importancia del rol protagónico del juez, la flexibilización de los principios procesales y la actualización de los criterios de hermenéutica para liberar al proceso civil de estériles chalecos de fuerza, de manera que por su intermedio adquiera verdadera operatividad del derecho de fondo. (...) En síntesis: entiendo que la congruencia no constituye un principio procesal absoluto, vale decir, un principio cuya estricta observancia se vincule con las condiciones del debido proceso adjetivo, tal como fuera sostenido por la doctrina durante algún tiempo. En rigor se advierte que un ajuste estricto y absoluto a la exigencia de congruencia –que enuncia en su articulado el Código Procesal– sólo resulta compatible con un sistema dispositivo intransigente. Sin embargo ningún sistema procesal vigente en el país es dispositivo de manera absoluta. Tal como enseña Palacio, el principio dispositivo es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces por el régimen procesal, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad con que corresponde tratar a las partes. Si bien el principio dispositivo prevalece en el proceso civil y el inquisitivo en materia penal, ni en materia civil existe disponibilidad absoluta, ni en materia penal indisponibilidad absoluta. Los fines del Derecho Procesal vinculados a estos tipos procesales han servido para que se identifique el tipo procesal dispositivo con la privatización y el tipo procesal inquisitivo con la publicización. (DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006. P.297)

¹³⁸⁴COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores. P. 57-58.

¹³⁸⁵Il valori del giusto processo non sono solo quelli di efficiente composizione di una controversia, attraverso la dichiarazione del diritto preesistente al termine di un processo a cui possono partecipare in condizione di parità, per dire un processo a cui possono partecipare in condizione di parità, per dire a contraddire, i destinatari degli effetti dell'atto finale. I valori del giusto processo sono diventati anche quelli di affidare a un terzo indipendente, imparziale e disinteressato la giusta ed efficiente composizione di una controversia, attraverso la dichiarazione del diritto preesistente al termine di un processo a cui possono. (CAPONI, Remo. Diritti Sociali e Giustizia Civile: Eredità Storica e Prospettive di Tutela Collettiva. **Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale**, Anno LXII, 202, n.º1. Pp.103-123. Trimestrale, gennaio-marzo 2012. P. 110-111)

A Ciência Processual (que vem dando o marco da juridicização dos fenômenos conflituais policêntricos – distanciados da dualidade) tenta dar conta dos interesses que estão fora do Processo, e assim são alcançados pela decisão. Descentraliza a jurisdição e centraliza a politicidade social ao Processo, trazendo a democracia participativa ao jogo dialético-dialogal possibilitado pelas alegações das partes.¹³⁸⁶

Assim diante dos novos sentidos aderidos ao Processo, a aplicabilidade do princípio dispositivo é das mais relevantes ao desenvolvimento e para formação do Processo.

¹³⁸⁶El derecho procesal moderno (que viene dando el marco a la judicialización de conflictos policéntricos) intenta dar cuenta de los intereses que están fuera del proceso judicial y que, sin embargo, serán alcanzados por la decisión. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 23)

2.3 - O Princípio Dispositivo Constitucionalizado^{1387,1388}

Si `osservato che le masse non hanno la passione della legalità, la quale è cosa delle classi medie e borghesi, hanno invece sete di giustizia e diffidano del diritto positivo. La crisi della legge è infatti un aspetto della crisi della libertà ed è naturale data la contadizione tra libertà e giustizia per l'impossibilità in cui le masse si trovano di concepire la prima e per l'idea irrazionale e mistica che si fanno della seconda. È naturale che contro la legalità sia rivendicata la giustizia. Allora questa diventa il rifugio di chi non sa o non può essere libero.¹³⁸⁹

A Constitucionalização do Processo é um dos fenômenos jurídicos mais relevantes ao direito, pois a epistemologia do direito volta-se a Constituição e todos os seus ramos são absorvidos pela interpretação mais abrangente no que se refere ao efeito produzido pela democratização da democracia, assim com a democracia substancial projetou-se sentido democrático aos institutos, brocados e normas processuais. Essa ampla aderência da Constitucionalização do Direito absorve a Onda Renovatória do direito processual, e com ela ainda garante uma eficiente proteção dos direitos humanos e fundamentais.¹³⁹⁰

¹³⁸⁷O fenômeno da Constitucionalização do Processo, mais especificamente após a Segunda Grande Guerra Mundial, e ainda, mais especificamente em países que tiveram regimes políticos totalitários, nascendo assim o fenômeno de constitucionalização “de los derechos fundamentales de las personas, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo Proceso”¹³⁸⁷. Se pretendía con esto fundarse un proceso mediante el cual la Constitución se defiende a sí misma contra los ataques que jueces”(GUILLEN, Víctor Fairen. **Bases uniformes de legislación procesal**. Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, junio de 1970. P. 153-154), y mas “evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos” (TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974. P. 92)

¹³⁸⁸Se vogliamo guardare al ventennio di maggiore influenza dei valori costituzionali sullo studio del proceso, possiamo cogliere due diversi aspetti di questa esperienza culturale: 1 la tendenza ad elaborare principi comuni ai diversi sistemi giuridici nella individuazione di quelli che, con terminologia giusnaturalistica, potremo definire i naturalia processus; tendenza che ha caratterizzato l'opera della dottrina, e soprattutto della dottrina comparatistica; 2 la tendenza a concepire l'interpretazione del diritto vigente in primo luogo come un raffronto con i principi costituzionali; tendenza, anche questa, di chiara impronta giusnaturalistica, che ha caratterizzato l'opera della giurisprudenza nella valutazione della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità delle leggi, oltre che, ovviamente, l'opera della Corte Costituzionale. Vorrei ossevare che queste due tendenze hanno, nella storia della cultura giuridica, punti di riferimento ben precisi. Quanto alla ricerca dei naturalia processus, l'indagine storica di Norr ha chiarito il sorgere, nei giusnaturalisti, della distinzione tra il processus iudiciarius civilis, regolato dalle leggi positive, ed il processus iudiciarius naturalis (regolato dalle leggi di natura). L'influenza giusnaturalistica si avverte nella tendenza a delineare le Grundformen del processo civile ordinario, e ad elaborare la Prozessmaxime come canoni aventi validità universale. Quanto, invece, alla ispirazione antipositivistica dell'atteggiamento critico nei confronti della legge, non ho certo bisogno di ricordare che si tratta di uno degli aspetti del giusnaturalismo, secondo cui il diritto deve essere, oltre indagato come fatto, approvato e disapprovato in base a determinati valori assunti come criteri di valutazione. In questa prospettiva, infatti, i principi costituzionali assumono il valore dei dictamina rectae rationis dell'esperienza giusnaturalistica (DENTI, Vittorio. **Valori Costituzionali e Cultura Processuali**. Bologna: Mulino, 1999. P. 59-60)

¹³⁸⁹SFORZA, Widar Cesarini. **Crisi della libertà e crisi della legge**. in AA. VV., La crisi dei valori. Roma: Partenia, 1945, Pp.43-56. P.56.

¹³⁹⁰Si se tiene presente que la Constitución es norma fundamental del Estado con preeminencia sobre los demás textos normativos que se dictan en el mismo, es evidente que éstos deben ajustar su contenido a las disposiciones constitucionales para que posean validez y, en este orden de cosas le cabe al derecho procesal una particular

Ocorre uma forma de recuperação do significado de princípio dispositivo mais frutífero do modelo romano clássico ressemantizado com os meandros das incertezas sócias e científicas, voltando-se a preocupação para com a realização de um Processo Justo^{1391, 1392, 1393}.

O artigo 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão alerta que a todos os cidadãos são garantidos direitos e as tutelas de direitos, assegurando ao cidadão um Processo Justo¹³⁹⁴ e o efetivo direito de agir e reagir frente ao Processo, posto que “*Lo referido a las declaraciones de derechos recibe plasmación en los textos constitucionales modernos en grado relevante*”, mas de nada adianta apenas garantias, pois reside “*...en el aspecto práctico y concreto es el derecho procesal quien se encarga de las especificaciones necesarias para que tales derechos pueden ser realizados, y, por consiguiente, respetados.*”¹³⁹⁵ Desse modo, o princípio dispositivo demonstra ser uma garantia fundamental para se ter um Processo Justo.¹³⁹⁶

importancia en su relación con el orden constitucional, pues está principalmente dirigida a asegurar los beneficios de la libertad y los derechos humanos. De una correcta valorización en las leyes procesales de los principios básicos constitucionales y de una estructura judicial adecuada, resultará que aquéllos se encuentren más o menos garantizados. De ahí, que un análisis de las garantías que determina la Constitución, en el orden procesal posean capital relevancia. (VARELA, Casimiro A. **Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal**. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1999. P. 29)

¹³⁹¹ANGIONI, Enrica. **Negozió Giuridico Processuale e Categoria Generale di Contratto nella Scienza Giuridica Europea**. Cagliari: Università degli Studi di Cagliari, 2014. 265 p. Dottorato di Ricerca – Diritto dei Contratto. P. 5-6.

¹³⁹²Cost., esplicitando la garanzia della possibilità di agire e difendersi in sede giurisdizionale per la tutela dei propri diritti e interessi. Un preminente rilievo assume, quindi, il principio della domanda che – quale espressione del potere di disposizione conseguente alla natura tendenzialmente privata dei diritti dedotti in giudizio – appare strettamente connesso con il principio dispositivo. In questa prospettiva, «il principio della domanda giudiziale, quello cioè che subordina alla autonomia della parte lo svolgimento del processo e della giurisdizione civile, costituisce aspetto essenziale ed indefettibile della soggettività del diritto», dal momento che soltanto il titolare dello stesso, in quanto tale, ha la possibilità di determinarsi nel senso della sua tutela giurisdizionale. Si deve perciò escludere che nel suo esercizio «possano ingerirsi né estranei, né pubbliche autorità in vista di supposti interessi pubblici o superiori». (ANGIONI, Enrica. **Negozió Giuridico Processuale e Categoria Generale di Contratto nella Scienza Giuridica Europea**. Cagliari: Università degli Studi di Cagliari, 2014. 265 p. Dottorato di Ricerca – Diritto dei Contratto. P. 13)

¹³⁹³Nesse quadro se insere a mudança de perspectiva por que tem passado o fenômeno processual dos tempos atuais. A constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira), de envolta com o **direito fundamental de efetividade e a um processo justo** (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também seja assegurada a efetividade real do resultado, aspecto que ressalta o nexo teleológico fundamental entre o agir em juízo e a tutela jurisdicional (efetiva) do direito afirmado, ao final reconhecido. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 84)

¹³⁹⁴Assaz significativo é, ademais, o art. 6 da Convenção Européia para salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais e note-se que, neste ponto, já estamos na esfera dos quinze, não mais da pequena Europa dos seis. Este artigo elenca os critérios essenciais de um processo justo para os procedimentos civis e penais perante os órgãos jurisdicionais nacionais, critérios que incluem uma audiência equânime e pública, dentro de um prazo razoável perante um tribunal independente, imparcial e constituído pela lei (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. P. 344-345)

¹³⁹⁵VARELA, Casimiro A. **Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal**. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1999. P. 34.

¹³⁹⁶Les fondements qui peuvent servir d’assises à la fondamentalisation des droits de l’homme sont à rechercher dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen. Plus précisément, deux fondements peuvent être proposés. Le premier est l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme tandis que le second est l’article 16 du même texte. Aux termes de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme, on peut lire que « la liberté consiste à

O Estado Ativo-Responsivo projetou transformações na ordem pública alterando as funções processuais em uma governança das partes junto a dinâmica Processual, a colaboração reativa dota o cidadão ativo de direitos frente a Constitucionalização e a Democratização da Democracia como epistemologia central do Direito. Essas influências ideológicas e de filosofia política aderem-se ao Código de Processo Civil de 2015.

A ordem pública passa a absorver as complexidades sociais e reconhecê-las, possibilitando um acerto adaptativo existencial que é produzido pelos interesses manifestados pela ordem privada. A governabilidade das partes é o aspecto relevante as funções processuais, pois o juiz passa a ser parte com mesmo nível de equiparação com os demais envolvidos no Processo, assim evidenciam as reivindicações postas ao processo em uma aceitação da pluralidade existencial que é representada pelo objeto processual substancial, caracterizado este por situações jurídicas subjetivas, e de outro modo se o objeto processual for delimitado rigidamente pode ele ser debatido, reestruturando interpretativamente com os

pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi». On retrouve ici l'esprit du principe dispositif. Dans le cadre du procès civil, le principe dispositif consiste à pouvoir définir comme ils l'entendent le litige sous réserve de ne pas nuire à autrui c'est-à-dire sous réserve du respect de l'ordre public. Lorsque le fait peut entraîner des conséquences contraires à l'ordre public alors les parties ne peuvent pas aller en justice, le fait n'est pas reconnu comme juridique. Le principe dispositif peut donc être rattaché à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le rattachement du principe dispositif à cet article ne doit pas laisser croire que le principe dispositif est une composante de la liberté individuelle. Cette dernière est expressément consacrée par l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. Le Conseil constitutionnel a ensuite reconnu valeur constitutionnelle à la liberté individuelle en la proclamant comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, puis en la rattachant aux dispositions de la Déclaration des droits de l'homme lors du contrôle sur les lois de la bioéthique. Le choix de ce fondement permettrait ainsi de constitutionnaliser l'unité de l'office du juge du fait juridique en donnant le même fondement à la liberté procédurale et à la liberté contractuelle qui constituent les limites à la fonction juridictionnelle. En outre, le contenu de la liberté individuelle a été dégagé par le Conseil constitutionnel. Si dans un premier temps, il a eu une conception large de la liberté individuelle aujourd'hui l'approche est restrictive. Il la limite à la sûreté personnelle, les composantes classiques de la liberté individuelle ayant fait l'objet d'une consécration autonome. Le principe dispositif n'est pas relatif à la sûreté personnelle, il n'est pas une composante de la liberté individuelle, pas plus qu'il n'est une composante de la liberté personnelle. L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme n'est cependant qu'un des fondements possibles pour la constitutionnalisation du principe dispositif. En effet, nous pensons qu'au même titre que la liberté contractuelle, le principe dispositif peut être rattaché à l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme dispose que «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Il est le texte qui sert de fondement au Conseil constitutionnel pour les exigences relatives au procès équitable. Il a ainsi jugé que «sont garantis par l'article 16 DDHC: le droit des personnes intéressés à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable; les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition». Or, le principe dispositif s'est révélée être une garantie du procès équitable dès lors on peut légitimement croire qu'il pourrait relever de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme. La constitutionnalisation du principe dispositif pourrait donc être réalisée par le rattachement de l'article 4 du Code de procédure civile à l'article 4 ou à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme. Il reste maintenant à s'intéresser aux techniques de constitutionnalisation du principe dispositif. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.336-337)

debates formulados junto ao Processo, podendo desvelar-se o fenômeno conflitológico de interesses com o objeto do debate processual.

O princípio dispositivo constitucional é altamente relevante para se explicitar projeções jurídicas postas a autonomia privada manifestada frente ao objeto do processo formal e substancial e pelo objeto do debate processual, participando da decisão judicial e também controlando a decisão judicial (fusão *auctoritas e potestas*), superando a visão inter-partes do processo, pois a decisão possui efeito *erga omnes*, e ainda é acertada pela legitimidade democrática processual.¹³⁹⁷

Este controle passa a ter profunda importância e essas manifestações de vontade representadas juridicamente junto ao direito de agir e de reagir tem na dialeticidade produzida pelo jogo dialético-dialogal processual amplo espaço para projeções da atividade judicial.¹³⁹⁸

¹³⁹⁷Queste molteplici restrizioni che, in diversi momenti della istruttoria, intervengono a limitare o a disciplinare l'infagine del giudice, danno agli accertamenti di fatto che esso compie un dichiarato carattere di relatività, che non è con altrettanto sincerità confessato nelle conclusioni dello storico. Nel processo a tipo dispositivo, in cui le parti possono accordarsi per fare apparire al giudice come veri fatti in realtà insussistenti o per tacere come se non fossero veri fatti in realtà, l'accertamento probatorio non può mai avere un valore assoluto: esso non può aspirare a stabilir la verità in vista ed in funzione di quella fattispecie, che le parti hanno rappresentato come *thema probandum*. L'accertamento giudiziario vale nei limiti delle premesse poste dalle parti nella fase probatoria fosse stato diverso: per questo la cosa giudicata vale solo *inter partes*, e non va oltre la controversia. Ma questa relatività dei giudizi di fatto (che è tipica del processo a tipo dispositivo, ma che sussiste, per quanto in misura ridotta, anche nel processo civile a tipo inquisitorio e nello stesso processo penale, in cui non cessa di aver vigore il divieto posto al giudice di utilizzare nel decider sui fatti controversi la sua scienza privata), dev'essere posta in relazione altresì con quel principio, comune a tutti i processi, secondo il quale il giudice, anche se i risultati delle prove non sono stati così esaurienti i decisivi da rimuovere ogni dubbio dalla sua coscienza, non può trarsi di impaccio con un non liquet e deve in ogni caso emettere sui fatti controversi un giudizio di certezza, positivo o negativo. Dopo aver esaurito tutte le indagini e tentato tutte le ipotesi intorno a uno di quegli enigmi del passato, che per mancanza di fonti sicure sono forse destinati a rimanere insoluti, lo storico cauto e coscienzioso potrà arrivare a concludere che quel problema è insolubile, e confessare onestamente che egli non è riuscito a farsi in proposito una opinione sicura: e questo suo rimanere in dubbio non solo non menomerebbe, ma farà maggiormente apprezzare la sua serietà di studioso. Ma il giudice non potrebbe, senza mancare al suo dovere, rimanere in sospeso tra il sí e il no, ed emettere una decisione al solo scopo di dichiarare che non sa decidersi. Il giudice, anche in quei casi in cui lo storico rimarrebbe incerto, deve a tutti i costi arrivare a una certezza ufficiale: e a tale scopo la legge gli fornisce, per aiutarlo a uscire dal pelago dei dubbi, certi espedienti un po' grossolani ma sbrigativi, che servono a trasformare la perplessità psicologica in certezza giuridica: tali sono nel processo civile, le regole sulla repartizione dell'onere della prova, che stabiliscono a carico di quale parte debba ricadere la incertezza del giudice su alcuno dei fatti controversi; certi mezzi di prova, come sarebbe il giuramento suppletorio, il cui vero scopo non è tanto quello di rimuovere il dubbio dalla coscienza del giudice, quanto quello di scaricare sul conto del giurante il peso della sua coscienza tormentata dal dubbio; e, nel processo penale, il principio *in dubio pro reo*, in virtù del quale il giudice è tenuto a proclamare ufficialmente innocente colui di cui come storico si limiterebbe a dire che, tra la sua innocenza e la sua colpevolezza, non sa decidersi a prender partito. (CALAMANDREI, Piero. Il Giudice e lo Storico. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, 1939, Vol.XVI, parte I, Padova, Pp.105-128. P.113-114)

¹³⁹⁸Entendámoslo como la función general de mediación o de arbitraje entre los diferentes intereses sociales que se presentan en conflicto en el espacio social. La búsqueda del equilibrio es consustancial al Derecho: la balanza evoca tal equilibrio, igual que lo hace el principio de proporcionalidad que domina el razonamiento jurídico de hoy en día igual que dominó el de ayer. Lo que es Derecho está en ángulo recto, tal y como nos lo recuerda la etimología de la norma (norma, ángulo recto). Y su sentido más primitivo, el Derecho es medida, equilibrio, ponderación. Entre todas las pretensiones que le llegan, tales como los intereses que reclaman protección, los valores que entran en conflicto, el Derecho arbitra o, más bien, propone los instrumentos para un arbitraje que, sin añadir nuevo peso en la balanza (en este sentido, tal y como hemos visto, el Derecho no es una «ciudad» sino un «nivel»), asegura la regularidad de la operación (la eleva al «nivel» de la imparcialidad: al no tener una parte en

juego, puede asegurar el equilibrio de la distribución). Desde el punto de vista pragmático de la gobernanza social, el reto está en coordinar los más diversos actos y proyectos del mayor número de actores; en el plano ético, el reto de esta inclusión generalizada es el reconocimiento de la individualidad (y, por tanto, de la dignidad) del mayor número de personas. Estas exigencias han pasado a ser todavía más imperativas hoy que ayer y ello en la medida en que los desafíos a los que hacen frente nuestras sociedades se presentan bajo la forma de problemas «indivisibles» o incluso «indeterminados». Cuestiones tales como el desarrollo, la seguridad y el medio ambiente se encuentran haciendo frente simultáneamente a múltiples lógicas que desafían «la autonomía de las diferentes esferas de intervención pública», llamando así a una pormenorizada coordinación de los instrumentos y de los objetivos jurídicos. P. Duran, quien emite este diagnóstico, hace una llamada al Derecho en este contexto —un Derecho del que subraya la «importancia de su papel mediador» y respecto del que considera que «sigue siendo indispensable por la capacidad de coordinación de la que puede ser portador»—. Podríamos decir que, dentro de esta función de integración social general, el Derecho funciona como un dispositivo de traducción asegurando de esta forma la circulación entre los discursos prevalecientes en cada una de las esferas especializadas, y restableciendo la comunicación cada vez que haya amenaza de interrupción. Es en estos términos que Habermas, en su monumental *Droit et Démocratie*, se compromete a restaurar el alcance normativo del Derecho, contrariamente a una «sociología funcionalista y sistemática [...] que arroja por la borda los últimos restos del normativismo [...] y que se muestra incapaz de aprehender el sentido que tiene el Derecho para la integración social». El Derecho toma aquí el relevo del lenguaje ordinario en su rol de traductor generalizado traduciendo a su lenguaje normativo propio los mensajes del mundo vivido y en dirección a los subsistemas especializados. Haciendo esto «el Derecho funciona en algún sentido como un transformador que impide que se rasgue el tejido de la comunicación a escala del conjunto de la sociedad». ¿Podría suceder entonces que en el cruce de las diferentes «ciudades» (en el sentido de Boltanski y de Thévenot) el Derecho desarrolle compromisos susceptibles de superar sus principios sectoriales? Nuestros autores no niegan esto, pero se muestran escépticos en relación con compromisos que «renuncien a clarificar el principio del acuerdo» y que se muestren frágiles al aparecer como «mecanismos sin fundamento» en la medida en que «no existe ciudad alguna de rango superior en la que mundos incompatibles, unidos en un compromiso, puedan converger». Sin embargo, Boltanski vino a modificar su posición de manera significativa diez años más tarde, afirmando esta vez que «el Derecho es la esfera o lugar mismo del compromiso pues no está inscrito en una ciudad específica, conserva el registro de las diferentes definiciones legítimas del bien común, es llevado sin cesar a remodelarlas reduciendo así las tensiones entre las exigencias heterogéneas que componen su trama» —en efecto, no podría ser dicho de mejor manera—. Se entiende entonces que los arbitrajes y los compromisos construidos por el Derecho no deben verse como si fueran una suerte de mediocre instrumento que, finalmente, no dejaría de ser reduccionista. Las concesiones impuestas, lejos de recortar los intereses presentes, son de una naturaleza tal que generan una dimensión que trasciende a todos, los sobrepasa y los reafirma al mismo tiempo: esa es la dimensión del interés general, o el bien común. Hace falta saber redescubrir el misterio y la energía que recubre a estos dos términos de apariencia moralizante y desgastados por siglos de empleo rutinario. ¿Sin embargo, qué hay de más improbable, de más vulnerable que un interés general? Y, aún así, cómo imaginar una ciudad (una ciudad global y no solamente las «ciudades» sectoriales de Boltanski y de Thévenot) sin la posibilidad de acceder, al menos en determinadas ocasiones, a ese nivel del tercero? Dos importantes ejemplos habrán de ilustrar este punto. Tomo prestado el primero del pensamiento del contrato social de Rousseau, y el segundo de los fines de la justicia de Ricoeur. ¿Cómo se construye una ciudad? Esa es la pregunta que Rousseau se formula y de la cual el contrato social es la respuesta. Una respuesta compleja, por lo demás y ello en la medida en que jamás el interés general surgirá del simple acuerdo de voluntades. Inmanente a los intereses en conflicto, tal convenio no sabrá ni acomodarlos, ni tras-cenderlos, ni garantizarlos. Hace falta introducir ahí otra dimensión, una profundidad metafísica (no encuentro otra palabra) —esa misma que genera la disociación entre el individuo (egoísta) y el ciudadano (virtuoso) y que hará emerger la voluntad general que es más, y al tiempo diferente, que la voluntad de todos, de manera que la multitud desligada pasa a ser pueblo soberano—. Mientras que la voluntad de todos no representa más que la suma o la media de las voluntades individuales, la voluntad general implica la superación o la transformación de estas voluntades individuales; cambiando de nivel pasan a ser del todo —el todo de la ciudad que, al tiempo, supera e integra—. En la medida en que tiene éxito esta «autosuperación», el soberano aparece al tiempo como interno y externo a cada sujeto (algo que explica que en el contrato social cada uno contrate también consigo mismo), y la obediencia al Derecho pasa a ser una manifestación de libertad. Estamos entonces a cien leguas de un moralismo complaciente con el bien común; se trata de una condición de posibilidad: sin esta construcción social en dos niveles, sin este desdoblamiento y esta referencia a un tercero, no hay sociedad política («ciudad»), sino un simple agregado destinado a perseguir fines particulares. Tomo prestado de Paul Ricoeur mi segundo ejemplo de subida al nivel tercero del interés general; concretamente de su célebre análisis de los dos fines de la justicia. Tras llevar a cabo una suerte de fenomenología del juicio, el filósofo distingue en relación con este entre una finalidad pequeña «en virtud de la cual juzgar significa decidir con vistas a poner fin a una situación incierta», de una finalidad grande «a saber, la contribución del juicio a la paz pública». En el primer sentido, la «sentencia» pone fin a un debate

A Constitucionalização do Processo vem a ressignificar a estrutura e função do princípio dispositivo e ainda faz com que tal princípio articule-se proficuamente com o princípio contraditório constitucionalizado. Efeitos geram mais que imediatamente na tutela de direitos e na sua proteção, pois rearticula o objeto do processo formal e substancial, e ainda, o objeto do debate processual, apostando o princípio dispositivo na rearticulação das funções processuais que se equiparam frente a colaboração. As partes constroem a decisão pela Administração da Justiça aderida à função jurisdicional, fazendo assim com que o Estado-Juiz estabeleça o ato decisório fundamentando a decisão e sendo ela construída responsabilmente, pois a decisão não só se dá entre as partes, ela ultrapassa os campos textuais e amplia-se aos contextuais, produzindo assim novos fenômenos.

O Estado Ativo-Responsivo possibilita uma atividade criativa do Estado-Juiz, justificando a sua decisão nas alegações e manifestações politizadas dos cidadãos ativos, que são impulsionados ao debate democrático participativo. A função jurisdicional é acertada pela Administração da Justiça que expressa a democratização da democracia no tocante a formação e desenvolvimento do Processo com o desvelamento do fenômeno conflitual, assim justificando a decisão por um aspecto endoprocessual, o qual ultrapassa os limites textuais prescritos na decisão como norma individual dinâmica projetando seus efeitos exoprocessualmente no que se refere a responsabilidade sociopolítica do Estado para com a sociedade.

En el proceso, merced a la instauración constitucional del sistema dispositivo – donde el impulso corresponde a los litigantes -, el poder recae sobre las partes, que son protagonistas. Pero en relación a su fin, la sentencia, el poder lo empuña a autoridad. Obviamente no se trata en ningún caso de poder absoluto, sino limitado y controlado.¹³⁹⁹

O Estado-Juiz determina sua função jurisdicional explicitada na decisão pela justificativa no que fora desvelado hermeneuticamente pelo fenômeno conflitológico de interesses. A função terá como base a Administração da Justiça, equiparando o juiz as partes e

prácticamente interminable mediante una decisión que será definitiva cuando llegue a su fin el periodo para presentar recurso y para cuya ejecución prestará ayuda la fuerza pública. Haciéndolo así, el juez habrá cumplido una primera función. Habrá atribuido a cada uno la parte que le corresponde; y ello en aplicación del viejo adagio según el cual los romanos designaban el rol del Derecho: suum cuique tribuere. El juez habrá asignado las partes o rectificado aquellas indebidamente tomadas por uno o por el otro —en una palabra: habrá llevado a cabo una redistribución—. De esta forma, funciona como una institución esencial de la sociedad, presentada precisamente por J. Rawls como un vasto sistema de distribución de bienes. En este primer sentido, juzgar es entonces el acto de dividir, de redistribuir (en alemán, Urteil, juicio, está expresamente formado a partir de Teil, que significa la parte). (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contat hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp 15-48, 2017. P.40-42)

¹³⁹⁹CALVINHO, Gustavo. **La Regla Iura Novit Curia en Beneficio de los Litigantes**. Disponível em: <<http://www.petruszosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>> Acesso em: 30/01/2018. P.17.

formando e desenvolvendo o processo acercadamente pela colaboração reativa producente pelos cidadãos ativos, como partes amplamente (des)construtoras do fenômeno conflitual, por via da compreensão hermenêutica posta a tal fenômenos, delimitando o *iudicium* constitutiva, modificativamente pelas representações alegadas como questões de fato e de direito amplamente debatidas pelo conflitantes e que é a eles asseguradas pelo direito fundamental de agir e reagir ao Processo.

A nova abordagem pretendida do princípio dispositivo envolve uma renovação de sua análise, *não mais separando questão de fato (produzidos pelas partes) de questão de direito (ato decisório expõe direito)*, atualizando-a com os efeitos epistêmicos da Constitucionalização do Direito e com as manifestações contextuais da sociedade na hodiernidade. O controle do fato não é o simples controle dos fatos, mas o *controle da situação jurídica substancial*, que não obriga as partes a trazer os fatos, mas a formular suas reivindicações e pretensões frente ao jogo processual que delimita o litígio com a ação e reação frente a colaboração reativa. De um lado se tem as manifestações de vontade e de outro o conteúdo do ato, dessa distinção resta claro que o importante é o fenômeno representado como possibilidade interpretativa da compreensão hermenêutica.¹⁴⁰⁰

A cisão entre fato e direito é dissolvida com o fenômeno conflitual absorvido pela compreensão hermenêutica, acaba no tocante a racionalidade processual vincada em pressupostos Científicos arcaicos, pois os fenômenos contextuais no direito passam a possibilitar a criação do direito, assim garantindo o desvelar do fenômeno pelo princípio contraditório constitucionalizado correlacionado com o princípio dispositivo ressignificado, denotando um jogo dialético-dialogal processual vincado no *iura novit curia*: o fenômeno assim perpassa ao legalismo textual, tendo como efeitos imediatos na flexibilização da congruência

¹⁴⁰⁰La nouvelle approche que nous entendons proposer du principe dispositif passe par un renouvellement de cette analyse. La maîtrise du fait n'est pas la simple maîtrise des faits mais la maîtrise du fait juridique qui n'impose pas aux parties d'apporter les faits mais de formuler des prétentions. En effet, nous verrons que la maîtrise du fait juridique se traduit techniquement non pas par les charges processuelles quant aux faits, mais par la maîtrise des prétentions. Ces dernières sont les actes processuels qui permettent de circonscrire le litige. Ils ne doivent pas être confondus avec les actes de procédure qui sont les actes qui contiennent les prétentions. Cette distinction a été proposée par le doyen Héron qui, s'appuyant sur les travaux de Kelsen, a mis en évidence que, pour tout acte juridique, il convient de distinguer entre la manifestation de volonté et le contenu de l'acte. On retrouve cette distinction dans le cadre de l'article 4 du Code de procédure civile, article qui constitue l'unique support textuel du principe dispositif. Ce dernier dispose que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense ». Alors que les demandes constituent le contenu de la matière litigieuse, les actes de procédure constituent le contenant de la matière litigieuse. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.35)

(discricionariamente) e na incongruência (arbitrariamente), ajustando-se com o direito objetivo processual.¹⁴⁰¹

La depreciación del principio dispositivo y de congruencia estará ligada también a la idea de que la decisión judicial trasciende a las partes procesales, con lo cual se subvierte, además, el principio de los efectos *inter alias* de la decisión. Al definirse la *litis* a partir de un todo o interés colectivo que comparten ciertos afectados que no son actores procesales, estos últimos aparecerán también como destinatarios directos de los efectos regulativos de la sentencia.¹⁴⁰²

A *situação jurídica substancial* pode ser definida como um evento que envolve efeitos legais que não foram demonstrados como metáforas vivas na gramática processual pelas partes. É um fato voluntário, ou não, que se caracteriza com a criação de efeitos jurídicos (plano eficaz da decisão judicial) não preteridos junto as alegações-reinvidicações, mas que o caso-problema acaba por desvelar via compreensão hermenêutica. Distingue-se do ato jurídico que se caracteriza na manifestação de vontade criando efeitos jurídicos.

Portanto, 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.

¹⁴⁰¹Pertanto il principio ricordato – il quale altro non postula che la curia, intesa quale autorità di emanazione del potere giudiziario 8, è a conoscenza del diritto – dall'ambito della prova del diritto a quello dell'allegazione. (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 20-21)

¹⁴⁰²PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 21-22.

O sistema adversarial¹⁴⁰³ é alterado em sua bilateralidade centrada em uma guerra processual para um sistema adversarial voltado à colaboração reativa, em que o fenômeno conflitual é tido como policêntrico e tem um desenvolvimento exoprocessual e endoprocessual, perpassa o fenômeno ao que é inerente ao ser, ou seja, o fenômeno conflitual.

Saliente-se ainda, que ocorre uma reformulação da democracia com efeitos da democratização da democracia possibilitada esta pela normativa Constitucional que via democracia substancial ressignificou institutos, brocados e regras processuais, o sistema jurídico acaba sofrendo alterações profundas e necessárias, além dessas alterações na conjuntura Processual, também veio a manifestar-se a reconstrução do sujeito como cidadão ativo, rompendo a visão clássica que o apregoava como indivíduo, revelando a democracia participativa. A Ciência Processual tem como base o fenômeno conflitual de interesses, que é muito maior que o construído pelo Estado-Legiferante pelo direito subjetivo; na sociedade atual é importante o Processo para produzir adaptação existencial. Desse modo, ocorre um amplo reforço da situação jurídica substancial pela constitucionalização da autonomia privada nas Constituições, aderindo as interpretações de direito uma absorção equilibrada entre igualdade e liberdade.

O processo constitucionalizado dispõe de mecanismos que lhe *“revelan nuevos horizontes, ocurriendo así la comparación entre el derecho procesal y el derecho constitucional, entre el sistema de juicio y el sistema de gobierno.”*¹⁴⁰⁴ Esse redimensionamento do `Processo como aponta Calamandrei que: *“la dialéctica del proceso es la dialéctica de la democracia parlamentaria.”*^{1405,1406} Percebe-se que no contexto em que o autor formulou esta

¹⁴⁰³Sobre o sistema adversaria no processo civil Taruffo faz um incursão profundo em suas novedosas formulação junto ao Sistema Norte-Americano, ver: TARUFFO, Michele. **Il Processo Civile Adversary Nell'Esperienza Americana**. Padova: Cedam, 1979.

¹⁴⁰⁴CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 155.

¹⁴⁰⁵CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 155-156.

¹⁴⁰⁶Il principio del contraddittorio somiglia come due gocce di acqua al principio dell'opposizione parlamentare. L' uno e l'altro sono fondati su certe idee così semplici che possono parere perfino ingenui? Che gli uomini siano esseri ragionevoli, capaci di persuadere colle buone ragioni proprie e di lasciarsi persuadere dalle buone ragioni altrui; che la verità si può conoscere intera solo se si osserva da diverse parti, girandole attorno per scoprirne le tre dimensioni; e che il contraddittore 'è un collaboratore, non un nemico, perché colle sue obiezioni aiuta a scoprire e a correggere gli errori e alimenta quella gara di emulazione che 'è stimolo e fermento d' ogni progresso umano. Nel sistema parlamentare inglese, com' 'è noto, l'opposizione, una seria e forte opposizione, 'è considerata come un organo necessario di buon governo? L' <<opposizione di sua maestà>> 'è talmente apprezzata, che il capo di essa riceve una indennità non molto inferiore a quella del primo ministro, e siede allo stesso tavolino del governo, di fronte ai ministri, allo stesso livello. E così nel processo 'è indispensabile il contraddittorio: non per inasprire la litigiosità delle parti o per dare occasione di sfoggiare all' eloquenza degli avvocati ma nell' interesse della giustizia e del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica delle opposte difese trova senza fatica il miglior mezzo per vedere dinanzi a s'è, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutti' intera. (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 682)

tese, demonstra-se ultrapassada¹⁴⁰⁷, haja vista o novo *espírito participativo do indivíduo* pelo processo (via ações individuais e coletivas), pois com a constitucionalização do direito foi reconhecido a legitimidade do cidadão para atuar democraticamente por meio do processo na busca de uma democracia participativa.

A Constitucionalização do Processo refletida no princípio dispositivo torna este, que é um princípio geral do direito, em um instrumento da ordem jurídica processual interna que permita produzir uma adequada e eficiente adaptação existencial, especialmente quando volta-se à garantia das tutelas e direitos jurisdicionais, aplicando os diferentes direitos humanos e fundamentais do Processo, fazendo com que se tenha a realização de um Processo Justo.^{1408,1409}

¹⁴⁰⁷En un cierto sentido (y cum grano salis) la pluralidad de las partes en la contienda judicial se asemeja la pluralidad de los partidos en la lucha política. El principio de la iniciativa y de la responsabilidad de las partes, comprendido bajo el nombre de principio dispositivo, por el cada una de las partes en el proceso civil puede ser el artífice de su propia victoria, con la bondad de sus razones y con la habilidad con la que sepa hacerlas valer (faber est suae quisque fortunae), tiene muchos puntos de semejanza con la dialéctica política de los gobiernos parlamentarios, en los que cada uno de los partidos, a través de su programa (y a veces, desagraciadamente, con la habilidad de su propaganda), puede ser el artífice de su propia victoria electoral y, por tanto, de su ascensión al gobierno. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. P. 155-156)

¹⁴⁰⁸La clarification du régime du principe dispositif par sa constitutionnalisation sur le fondement de la Déclaration des droits de l’homme est souhaitable à au regard des enjeux de la procédure du XXIe siècle. Ces enjeux sont au nombre de trois: l’effectivité des droits fondamentaux, la conciliation des droits fondamentaux et enfin celui de la protection des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel. La constitutionnalisation du principe dispositif participe de ces trois enjeux. Premièrement, un droit fondamental n’a de sens que s’il est effectif et l’effectivité d’un droit fondamental de procédure passe par le rattachement du texte qui le consacre à une règle juridique fondamentale afin d’en modifier la qualification. Actuellement, aucune qualification juridique ne permet de mettre en lumière la nature fondamentale du principe dispositif. Il en va ainsi tant lorsque le principe dispositif est envisagé comme un principe directeur que lorsqu’il est envisagé comme un principe général. Aussi, dans la hiérarchie des normes, ce principe semble recevoir une valeur juridique inférieure à celle du contradictoire, infériorité juridique qui légitime les atteintes qu’il subit par l’utilisation jurisprudentielle dudit principe. Deuxièmement, la constitutionnalisation du principe dispositif permettra de faire du principe dispositif un véritable instrument de l’ordre juridique processuel interne qui permettra de remettre un peu d’ordre dans le désordre actuel notamment en ce qui concerne les champs d’application des différents droits fondamentaux du procès. Troisièmement enfin, la création d’une nouvelle règle juridique constitutionnelle constitue un nouvel instrument juridique qui permet de préserver l’identité de la procédure civile dans le contexte actuel d’eupéanisation du droit. Elle permet en outre de renforcer la protection des droits fondamentaux en développant les sources constitutionnelles dans une perspective de dialogue des juges. Le droit fondamental à disposer de la matière litigieuse se trouve donc utile pour l’application du droit processuel à la française et pour la protection globale des droits fondamentaux processuels. Tant que le droit français ne crée pas un système autonome de protection des droits fondamentaux qui lui est propre, les juges appliqueront les dispositions issues de la Convention européenne des droits de l’homme et le sentiment, peut-être mal fondé mais existant, de perte d’autonomie procédurale se développera. Il semble donc opportun que les juges et notamment ceux de la Cour de cassation se réfèrent davantage aux sources constitutionnelles en matière processuelle. A ce titre, la jurisprudence constitutionnelle mériterait d’être intégrée dans les dispositions du Code de procédure civile. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme n’est pas l’unique fondement juridique garant de la protection des droits fondamentaux de procédure, il existe également la Constitution. On peut penser que par la consécration de règles juridiques issues du système français, la crainte, de la remise en cause de l’identité juridique du droit national pourra être écartée. La consécration du principe dispositif pourrait en être le parfait exemple. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L’adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.341 e 240-242)

¹⁴⁰⁹Quanto a legalidade ela veio como revolução a arquiteutura processual desenvolvendo-se em um amplo sentido dedutivo da lei a aplicação na sentença, segue que encontra-se evidencias de uma segunda revolução arquiteurada a Constitucionalização do Direito pela teoria normativa, explicita Ferrajoli que: “La primera revolución en la historia

Avalie-se, deste modo, que existe um “*paralelismo entre la disciplina del proceso y el régimen constitucional en el cual se desenvuelve*”¹⁴¹⁰, onde o Processo Civil hodierno “*responde a los principios constitucionales de los nuevos ordenamientos democráticos, las dos partes son siempre indispensables.*”¹⁴¹¹

Vê-se então que a ressignificação do princípio dispositivo pode ser desvelada pela leitura do Código de Processo Civil no tocante a colaboração reativa, do contraditório constitucionalizado, da boa-fé processual, da fundamentação da decisão. Esse amplo aporte normativo dos institutos processuais evidenciados são os responsáveis por um objeto processual formal (abre espaço para a interpretação ampla do direito subjetivo) poder ampliar-se em um objeto processual substancial (apresenta-se em uma possibilidade irrestrita de interpretações) e também pelo objeto do debate processual; bem como pela possibilidade de trazer ao judiciário o objeto processual substancial por um ato de vontade, protegido pela garantia constitucional de acesso aos tribunais.

Ampliam-se horizontes possibilitadores de um amplo espaço democrático participativo, onde as partes apresentam suas alegações-reinvidicações preteridas junto à demanda. Abre assim o espaço para que o objeto do processo seja modificado diante de uma colaboração reativa assegurada pelas manifestações das partes.

O princípio dispositivo, era e é utilizado junto ao princípio da imutabilidade do *litígio* (proibindo modificar de qualquer forma o mérito do processo), que servia de base fundamental, apregoando a decisão em sua motivação ao objeto do processo de forma congruente, proibindo

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. Ya la omnipotencia del legislador correspondía la omnipotencia de la política -es decir, la primacía de la política sobre el derecho, siendo la legislación de la exclusiva competencia de la política- y, correlativamente, una vez el legislador democratizado a través de la representación parlamentaria, una concepción puramente política y formal de la democracia, identificada con la voluntad de la mayoría. Pues bien, la segunda revolución, producida en la última posguerra con las constituciones rígidas significa completar el estado de derecho, es decir, la sujeción a la ley de todos los poderes, incluido el legislativo, que resulta también subordinado al derecho, más precisamente a la constitución, ya no sólo en lo concerniente a las formas y los procedimientos de formación de las leyes sino también en el plano de los contenidos. Por consiguiente, en el estado constitucional de derecho el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes emanadas por él no son válidas por el sólo hecho de su entrada en vigor, o sea, por haber sido producidas en las formas establecidas en las normas sobre su producción, sino cuando, además, sean también coherentes con los principios constitucionales. Así, ya no es posible concebir el derecho como instrumento de la política, sino que es ésta la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y precisamente de los principios y de los derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, jurídico y político al mismo tiempo, que es la constitución. Si en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación de vigor y validez de las leyes, en el de la teoría política lo hace en un cambio correlativo de la naturaleza misma de la democracia. (FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008. P. 209-210)

¹⁴¹⁰CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 154.

¹⁴¹¹CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 148.

que as partes alterem o que foi até então preterido originalmente, é *ultrapassado* pelo princípio dispositivo constitucionalizado, que não *fecha* o objeto do processo, mas sim, pela governança das partes, amplia-o democraticamente.¹⁴¹²

A situação jurídica substancial, como atos fenomênicos da vida, como metáforas vivas na gramática processual, trazida pelas partes a partir das pretensões materiais não resolvidos na vida cotidiana (manifestação da vontade por via do processo judicial), distingue-se do fato jurídico, que já está aderido como Lei no mundo jurídico. Não mais o princípio dispositivo corresponde somente ao fato jurídico – como única manifestação que interessa ao processo na medida em que o fato não jurídico é estranho ao Processo.¹⁴¹³

O princípio dispositivo, desse modo, é a expressão da autonomia das partes junto ao processo, não como limitadoras da decisão judicial a partir da limitação ao objeto do processo e do debate processual, mas como expressão da governança processual na abertura de horizontes do caso-problema, que acaba desvelado fenomenalmente via compreensão hermenêutica: o processo judicial, assim, “pode servir também para a formação de comandos

¹⁴¹²La définition traditionnelle du principe dispositif repose sur l'idée que les parties sont maîtresses des faits alors que le juge l'est du droit. Il s'agirait là d'une évidence. «Fait et droit: ces deux termes, tantôt réunis en un binôme, tantôt séparés et opposés l'un à l'autre, semblent délimiter et épuiser toute l'activité du juriste». La répartition du rôle des parties et du juge repose donc sur cette distinction. **Le litige serait le simple fait.** Pour autant, la distinction est empreinte de relativité car dès qu'on s'intéresse au fait, on s'intéresse au droit. Le fait qui intéresse le droit n'est autre que le fait juridique et sans doute est là le fond du problème. La délimitation par les parties du fait n'est donc que la délimitation par les parties non pas du simple fait mais du fait juridique. Nous verrons alors que la systématisation du principe dispositif peut être repensée au travers de la lecture de l'article 4 du Code de procédure civile. Cet article dispose que «l'objet du litige est formé par les prétentions des parties». Or, les prétentions forment les demandes. Une remarque s'impose alors quant à la signification de la seconde partie du second alinéa de l'article 4 du Code de procédure civile aux termes duquel on peut lire que «l'objet du litige peut être modifié par les demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions par un lien suffisant ». On sait que ce dernier fait référence à ce que l'on dénomme le principe d'immutabilité du litige, principe présenté comme le corollaire du principe dispositif et qui interdirait aux parties de modifier l'objet du litige tel que contenu dans la demande initiale. «La règle de l'immutabilité de l'objet signifie que les parties ne peuvent librement modifier l'objet du litige tout au long du procès, réduire ou accroître son cadre. Elle se prolonge en un principe plus général, celui de l'immutabilité du litige lui-même, qui signifie que quand une instance a été engagée, l'ensemble de ses éléments, son cadre (et non seulement l'objet du litige au sens strict) ne doivent pas être modifiés: de même qu'on ne peut modifier l'objet de la demande initiale ou présenter des demandes nouvelles, de même on ne peut substituer un tiers à un plaideur, changer la qualité de ce dernier». A la lecture de cet alinéa il semble que l'immutabilité du litige soit un mythe. «La variété des demandes» pouvant être formulées dans le cadre du procès par les parties viendrait donc faire échec à ce principe, ce qui amène une partie de la doctrine à penser que «l'immutabilité du litige s'est muée, au fil du temps, en principe de mutabilité contrôlée» et à considérer ce principe comme «largement obsolète». (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil.** Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.33)

¹⁴¹³Le fait juridique peut se définir comme un événement entraînant des effets juridiques qui n'ont pas été recherchés par les parties. C'est un fait volontaire ou non qui se caractérise par la création d'effets juridiques qui n'avaient pas été recherchés. Il se distingue de l'acte juridique qui se caractérise par une manifestation de volonté dans le but de créer des effets juridiques. Le principe dispositif n'a de sens que lorsque les parties apportent au juge un fait juridique car le fait juridique est la cause du procès (A), il est même le seul fait qui intéresse le procès dans la mesure où le fait non juridique lui est étranger (B). (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil.** Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.36)

novos, gerais ou particulares. Nesta acepção o processo jurisdicional chama-se processo dispositivo. A jurisdição é, portanto, uma fonte jurídica, ao lado da legislação.”¹⁴¹⁴

¹⁴¹⁴Ver-se-á daqui a pouco que a dúvida deve ser superada também quando o juiz profere, não já um comando novo, mas um comando sobre um comando, isto é, aquele comando complementar em que se resolve a declaração (*acertamento*). Por agora basta constatar que o processo jurisdicional pode servir também para a formação de comandos novos, gerais ou particulares. Nesta acepção o processo jurisdicional chama-se processo dispositivo. A jurisdição é, portanto, uma fonte jurídica, ao lado da legislação. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P.136)

3 - Da Ressignificação do Princípio Contraditório: superação do formalismo pelo caráter substancial da constitucionalização do direito como democracia participativa em exercício

A ampla reestruturação do princípio dispositivo pela Constitucionalização do Processo ocasiona diversos efeitos como a redimensionalização da administração da justiça e a ampliação da dialética processual pela liberdade e igualdade das partes constituídas pela cidadania ativa, pois são agora tidos como cidadãos ativos que povoam as disputas processuais encontrando-se em um jogo dialético-dialogal voltados à compreensão hermenêutica.

Por este processo dialético a decisão desvela-se via contraditório,¹⁴¹⁵ pois a decisão judicial é o reflexo do desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses.

Tradicionalmente, o formalismo e o positivismo, em suas diversas formas, buscam, com a força imperial da Lei, conter a potência do processo por meio de códigos dogmáticos e exegéticos, tolhendo as possibilidades que o debate junto ao processo poderia trazer para a Democracia. Quando se depara com a realidade, o processo não significa nada mais do que a *verificação* do caso a determinado texto da lei. A partir do que se buscou trazer com a ressignificação do princípio dispositivo, o processo não mais pode ser, frente às complexidades do contexto, atrelado ao objeto do processo, pois o conteúdo processual desvela-se pelo objeto do debate processual, mais amplo que o objeto do processo.

O debate que ocorre no processo, desta feita, amplia também os horizontes interpretativos e criativos do juiz, cuja decisão refletirá as andanças do caso-problema, para além do objeto trazido pelo autor, pois a fundamentará no debate processual, contando, para tal, com a *flexibilização da congruência* e com a *incongruência*, frutos da responsabilidade sócio-política do juiz, possibilitada pela compreensão hermenêutica. O resultado do processo não se atrela a uma subsunção e a um sentido apenas.

¹⁴¹⁵Onde há o exercício do poder, mediante a realização de um procedimento, há sempre também a sujeição de alguma pessoa: sujeição ao processo mesmo, que ela não pode evitar (litispendência, inevitabilidade do poder), sujeição às diversas manifestações do poder em atos específicos inerentes aos processo (inclusive, constringências), sujeição à eficácia do ato final preparado mediante o procedimento. A sujeição é o contraposto negativo do poder e sem ela sequer haveria espaço lógico para conceber-se o exercício deste. Ora, constitui máxima democrática a limitação do poder e da sujeição, como culto ao valor liberdade, inerente ao Estado de Direito. E assim, não sendo legítimo o exercício indiscriminado do poder (porque não é absoluto), têm-se garantias da participação daquele que está em estado de sujeição e da observância dos modelos das atividades a serem desenvolvidas pelos agentes estatais. O contraditório e o procedimento, portanto, que até se poderiam conceber fora dos limites das atividades inerentes ao exercício do poder, no contexto desse exercício é que assumem significado relevante: é para assegurar a participação e conter as tendência ao abuso do poder, que os procedimentos são definidos em lei e exigidos nos caos concretos. Daí, a dialética que se tem nos procedimentos que canalizam o poder, especialmente nos jurisdicionais, onde a existência de partes contrapostas e sujeitas ao juiz imparcial evidencia com extrema clareza os pólos das teses e antíteses, em convergência à síntese imperativa (DINAMARCO, Cândido R. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 95)

Diferente deste cenário do que ocorria no processo totalitário instituído com o princípio inquisitorial, onde andamento do processo e a consequência da decisão já são definidos desde o começo, pois apregoa-se ela a mais pura filosofia da consciência.^{1416,1417,1418} Já na visão de um princípio dispositivo clássico, pode-se dizer que a decisão judicial estabelecer-se-ia de forma congruente a partir do objeto do processo: ambas visões – do dispositivo clássico e do inquisitivo - apresentam-se ultrapassadas para o Processo que deve ser desenvolvido em uma Democracia, onde a função privada e a pública mesclam-se por um sentido de *giustizia social*.

Desse modo, em termos democráticos, as decisões que são tomadas pela governança do povo passam também, no processo, a serem tomadas por uma governança cunhada como “processual”. O contraditório, nesta acepção, não é mais um elemento formal do processo, mas um elemento fundamental para a abertura de horizontes do objeto do processo, garantindo-se assim, ao cidadão, a devida tutela jurisdicional.

O contraditório, frente ao processo, consiste em um direito de influência e um direito de ação/reação, o que se dá pela participação indispensável e necessária da parte na construção da decisão judicial “*infatti, la partecipazione ha non solo l’obiettivo di garantire che tutti possano*

¹⁴¹⁶CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democrazia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 86.

¹⁴¹⁷BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L’adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.337-338.

¹⁴¹⁸Il secondo profilo riconoscibile nel principio dispositivo, invece, ricomprende più ampiamente l’aspetto organizzativo del processo, ivi incluse le iniziative istruttorie. In questo senso, la sua alterazione in via legislativa non si ripercuoterebbe negativamente sul «sistema della tutela giurisdizionale e dell’ordinamento giuridico privato» complessivamente inteso. Nondimeno, non sembra revocabile in dubbio che un modello processuale fondato sul principio dispositivo garantisca un «processo pienamente conforme al contraddittorio, al diritto di difesa e alla sfera di autonomia e libertà delle parti», laddove il principio inquisitorio – quale strumento, essenzialmente caratterizzato dall’iniziativa del giudice, per conseguire rapidamente ed eventualmente contro la volontà delle parti la verità ‘reale’ – risulta inverosimile «improntato ad una visione che potrebbe definirsi officiosa, quindi burocratica ed autoritaristica della giurisdizione civile». In quest’ordine di idee, occorre dunque considerare innanzitutto come non vi siano elementi obiettivi che avvalorino la tesi per cui l’introduzione nel processo delle prove ad opera delle parti, piuttosto che officiosamente da parte del giudice, apparirebbe fuorviante rispetto all’obiettivo di accertare processualmente la verità dei fatti. Viceversa, la partecipazione del giudice alla ricerca delle prove – secondo un oramai pacifico approdo, rispetto al quale, del resto, è orientato l’intero ordinamento – certamente rischia di compromettere l’imparzialità dell’organo giudicante e, di conseguenza, l’obiettività della valutazione. Ciò trova conferma altresì nel divieto posto al giudice di fare uso della propria scienza privata ai fini della decisione, quale corollario del principio del contraddittorio cristallizzato nell’art. 111 Cost. In buona sostanza, il sistema inquisitorio – già disconosciuto nell’ambito del processo penale – non soltanto non importa la sicurezza di conseguire risultati certi e solleciti, ma altresì si presenta come la manifestazione di un potere pubblico di stampo autoritaristico che pregiudica il diritto di difesa delle parti. In questa logica, è chiaro che «non si può arbitrariamente staccare il fine dal modo in cui si persegue, quindi non si può affatto astrarre la tutela giurisdizionale dei diritti dal modo in cui si giunge ad essa» In ultima analisi, il processo dispositivo ridonda quindi nella regola della necessaria corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, di cui all’art. 112 cod. proc. civ. In questa prospettiva, la proposizione della domanda giudiziale – quale esercizio di un diritto potestativo – compete in via esclusiva a chi sia provvisto della legittimazione e dell’interesse per agire e si rivolge ineluttabilmente verso un altro soggetto a sua volta provvisto di legittimazione e di interesse a contraddire. Ed allora, «qualsiasi intrusione di organi o soggetti estranei, sia pure il giudice, nell’ambito oggettivo del processo finirebbe con il menomare il diritto dell’attore e con il pregiudicare la difesa del convenuto». (ANGIONI, Enrica. **Negozio Giuridico Processuale e Categoria Generale di Contratto nella Scienza Giuridica Europea**. Cagliari: Università degli Studi di Cagliari, 2014. 265 p. Dottorato di Ricerca – Diritto dei Contratti. P.13-15)

influenzare la decisione, ma anche lo scopo di contribuire all'esercizio della giurisdizione."^{1419,1420}

Nesse sentido, o Processo identifica-se necessariamente com a dialética processual: a dialética processual "*apoyase en el contradictorio*"¹⁴²¹ (o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração reativa¹⁴²²).

¹⁴¹⁹CABRAL, Antonio do Passo. **Il Principio del Contraddittorio come Diritto D'influenza e Dovere di Dibattito.** Rivista di Diritto Processuale. Disponível em: <http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acessado em: 27/01/2018.

¹⁴²⁰ Nesta direção, o contraditório vem, de novo, deslocado das margens ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de investigação da verdade provável. Podemos falar, de novo, de um princípio do contraditório, mas com a expressão princípio aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais do ordenamento positivo. O princípio do contraditório represente, acima de tudo, uma daquelas *regulae iuris* recolhida do último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a interpretativo, baseada sobre a equidade. Estamos, com toda a probabilidade, nas matrizes da noção de "justo processo" (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. P.143)

¹⁴²¹CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 157-158.

¹⁴²²PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo.** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P.143.

O princípio em nossas sociedades não é fenômeno recente, tomando diferentes formas e contornos no correr da história^{1423,1424,1425,1426}, e a compreensão sobre a sua *expressão* junto

¹⁴²³Um distinto clima cultural vinha, em verdade, desenvolvendo-se no continente entre os séculos XVII e o século XVIII. Paralelamente à passagem da *ordo iudiciarius* medieval ao processo em sentido moderno, determinou-se também uma radical mudança no próprio modo de conceber o fenômeno processual: da “ordem isonômica” à “ordem assimétrica”. [...] 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. [...] O “*ordo*” era, além disso “*sub iudicis directione*”. O papel do juiz era radicalmente mudado. A função judiciária vinha despersonalizada e atribuída a um juiz concebido como *Homo burocraticus*, que agia, assim, segundo a lógica burocrática, e cuja atividade era previsível, fungível e controlável. A *iurisdictio* era agora concedida como *pars summi imperii*. O juiz perdia a função de simples controlador e tutor do *ordo iudiciarius* e assumia a direção de um processo ancorado no *ius iurisditionis*, com caráter decisivamente publicístico. [...] No novo contexto, verifica-se, contudo, uma instintiva desconfiança em relação à controvérsia, ao diálogo e à prova testemunhal. Neste período, em verdade, andava-se afirmando uma “lógica não dialógica do diálogo” que marca a “passagem da arte do diálogo à arte da razão”. Efetivamente, com o jusnaturalismo moderno já se evidencia uma linha de decadência do princípio do contraditório. Abandonada a metodologia dialética da investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica de contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças. Iniciava assim o processo de formalização e de transcrição do diálogo em termos de direitos e obrigações. À concepção clássica de verdade “provável” sucedia-se a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta e preconstituída. Outro problema era, depois, o de identificar – com base em postulados epistemológicos, respectivamente, empirísticos ou racionalísticos – tal verdade com a verdade “material” ou com a “formal”. Seja como for, tinha-se que tais verdades poderiam ser alcançadas mesmo sem contraditório. Correlativamente, nesta época, delineava-se a tendência de desvalorizar a prova testemunhal e privilegiar o documento, a prova preconstituída e a prova legal. O novo *ordo*, sob a direção do juiz, apresenta, de maneira definitiva, um caráter assimétrico, na medida em que fundamentalmente apoiado sob a autoridade, a hierarquia, a lógica burocrática (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 135-137)

¹⁴²⁴Selon l'image immédiate que l'on se fait de la justice, sa fonction première est de régler des conflits, c'est-à-dire de mettre un terme à des tuations d'affrontement, de violence qui opposent des membres du groupe. Le moyen par lequel elle les règle, ou du moins s'efforce de les régler, est constitué par un double déplacement: du réel vers le symbolique, du privé vers le public. La consistance première du litige est matérielle; l'instance judiciaire, suivant un mécanisme analogue à celui que l'on trouve dans le théâtre, va détourner le conflit vers la parole. C'est tout d'abord en ce sens que l'on peut parler de représentation du conflit. Ainsi, un conflit de sang par exemple est traduit en affrontement verbal. Toutes les formes archaïques de la justice le montrent bien, même les formes les plus rudimentaires dans lesquelles il n'y a pas encore de juge institué, mais seulement le groupe, la tribu, le village, qui décident du vainqueur en fonction de sa performance. Sous des apparences plus élaborées, la justice moderne est fondée sur le même schéma. L'institution de la justice procède de la transmutation du conflit dans la forme d'un débat réglé, suivant le principe de l'égalité des armes qui s'applique dans toute compétition agonistique. Le droit s'en est suivi comme un degré supérieur de généralisation et d'abstraction. La procédure apparaît ainsi comme la transposition, dans le domaine du droit, du système de règles de Vagôn dans une compétition où le jeu n'est pas l'objet premier. L'Antiquité grecque, dans les temps où elle en est encore à ce que L. Gernet appelle le pré-droit, semble bien le montrer. "S'il est un secteur où l'on ait une chance de voir se constituer une mentalité juridique, écrit-il, c'est celui de la procédure. On ne saurait en exagérer l'importance dans les débuts du droit, et pour l'importance même des droits archaïques". La scène du bouclier d'Achille, racontée par Homère, permet d'étayer cette proposition. Dans V agora, au milieu du peuple assemblé, deux hommes se querellent au sujet d'une poignée (le prix du sang, un *wergeld*) que l'un des deux protagonistes prétend avoir payé tandis que l'autre déclare qu'il n'a rien reçu. Chacun exprime son point de vue devant l'assemblée où l'on prend parti pour l'un ou pour l'autre. Ils décident de recourir au jugement des anciens, lesquels sont assis sur des pierres polies, au centre, dans un cercle sacré, la foule étant tenue à distance par les hérauts. Chacun des juges se lève et prononce à son tour. Deux talents d'or ont été déposés qui seront remis au juge qui "aura dit la plus droite sentence". On peut supposer, disent les spécialistes, que c'est l'assemblée qui devait en décider par acclamation. Bien entendu, cette poignée est elle-même l'expression d'un droit. Il est possible qu'elle soit fondée sur une coutume, mais elle dépend surtout, et cela suffit, d'une transaction, d'un arrangement privé entre les parties. La procédure ne surgit pas *ex nihilo*. Mais l'important dans cette scène, ce n'est pas la question de savoir qui du droit ou de la procédure a engendré l'autre, suivant la vaine problématique de l'oeuf et de la poule; ce qui importe, c'est tout d'abord le recours à un juge, c'est-à-dire la "judiciarisation" du débat commencé devant l'assemblée du peuple, sur la base d'une sorte de compromis d'arbitrage; c'est ensuite le jeu combiné de l'assemblée, des juges et des protagonistes, qui signifie reconnaissance d'une justice publique, au double sens où elle exprime un renoncement à la justice privée et où elle est publiquement rendue. Ce recours à la justice, note L. Gernet, n'est "absolument pas contraint, mais suggéré et

ao processo oscilou e ainda oscila na sociedade¹⁴²⁷, dado que se vive em uma Democracia ainda *mal compreendida* em seus institutos, o que denota uma necessária compreensão para uma renovação processual.

pratiquement imposé par l'ambiance de l'agora", laquelle est le théâtre ordinaire de toutes sortes d'affrontements. C'est à partir de là que le droit, au sens où nous l'entendons, peut véritablement se développer. Il y a donc représentation en un double sens: dans le récit qui est fait du conflit sous forme agonistique, mais aussi dans le fait qu'un public peut suivre les protagonistes dans l'expression verbalisée de ce conflit. Cette représentation n'épuise pas sa fonction dans ce qui en est immédiatement perceptible: faire apparaître la vérité des choses et en tirer les conséquences sur le plan du droit; elle a par ailleurs un effet, non seulement sur les acteurs, mais aussi sur les spectateurs. C'est cet effet qu'Aristote appelle la catharsis. (SOULIER, Gérard. Le théâtre et le procès. **Droit et Société**, vol.17, n.º1, 1991.Pp. 9-24. P. 17-18)

¹⁴²⁵Até a Idade Moderna, o ordo iudicarius era considerado manifestação de uma razão prática e social realizada no tempo através da colaboração das praxes criadas pelos tribunais e pela doutrina. Em outros termos, reconhecia-se ao tribunal o poder de estabelecer os modos próprios do seu funcionamento também no respeito dos princípios comuns (ordo substantialis). O ordo iudicarius, com seu caráter público, argumentativo e justificativo, representava um capítulo da retórica e da ética. Consequentemente, era reconhecido ao processo natureza originária e, em um certo sentido, extra-estatal; ninguém, nem o papa, poderia prescindir do ordo iudicarius. A intervenção do príncipe, ou, de qualquer modo, de uma vontade externa, representaria uma perversio ordinis e seria traduzida como uma ação odiosa, comparável à de alterar a moeda. O fundamento do procedimento medieval – o verdadeiro ordo substantialis – é representado pelo complexo de regras que hoje retomamos na fórmula “princípio do contraditório”, e que se constitui mais propriamente em uma metodologia de investigação da verdade. Segundo a concepção medieval, tal metodologia se resolvia na ars opponendi et respondendi, em uma regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes: citatio e defensio constituíam momentos de informação contrária, justificação e contestação. O contraditório representava o instrumento para a investigação dialética da “verdade provável”. Trata-se de uma verdade que nenhuma mente individual poderia pretender investigar autonomamente: o método tópico de investigação, com a contestação recíproca das partes, amplia o campo da informação e favorece – em certos casos, não onstante as indicações das partes, as causas da verdade. Não é dado preconstituir a solução da controvérsia judicial: no nosso campo não é possível racionalizar uma verdade objetiva e absoluta. O contraditório constituía a estrutura condutara também no que se refere ao ordo probationum: nenhuma prova pode ser colocada como fundamento do julgamento se não é submetida preventivamente ao seu crivo crítico. Na mentalidade dialética não há evidência que escape ao contraditório. Portanto, como se disse, não é possível proceder à experiência probatória senão depois da litis contestatio. Antes, a fim de reduzir a complexidade da causa, o ordo iudicarius era fracionado em dois estágios autônomos: ante litem contestatam/pos litem contestatam. O primeiro estágio, relativo aos praepatoria iudicii tinha caráter preclusivo e era dedicado, dentre outras coisas, à delimitação dos fatos constitutivos em contraditório entre as partes e, assim, à determinação do próprio thema probandum. Somente post litem contestatam se procedia à realização probatória e, por fim, à decisão. Este tipo de procedimento, construído sob uma versão forte do contraditório, pode ser considerado o modelo puro de ordem isonômica. As regras de procedimento possuem uma função de compensação (rationes compensandi) relativamente às diversas formas de desigualdade que se apresentam no processo: o ordo iudicarius 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: referimo-nos a regras como nemo tenetur se adere e in dubio pro reo. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 140 e 128-130)

¹⁴²⁶Construi Dotti a evolução histórica e as transformações no que se refere ao Contraditório. (DOTTI, Federica. **Diritto della Difesa e Contradittorio**: garanzia di un giusto Processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale. Roma: Pontificio Istituto Biblico, 2005)

¹⁴²⁷Esta igualdad procesal de las partes es diversa en el régimen individualista, liberal y predominantemente dispositivo del proceso civil tradicional, respecto del que pretende establecer la corriente contemporánea del procesalismo científico con fuerte orientación social, el que persigue la superación de las situaciones formalistas que han predominado en la mayoría de los códigos procesales de carácter tradicional. En tal virtud, la exigencia de dos partes equidistantes, iguales y contrapuestas se ha interpretado de diversas maneras, según el contexto político-jurídico imperante en una época histórica determinada, y en este sentido podemos parafrasear al procesalista Piero Calamandrei (ver supra párrafo 71), sobre la "relatividad del contradictorio", de acuerdo con su concepto del "nuevo significado del principio de igualdad de las partes". . La rama del proceso en la cual se inició esta nueva orientación de la igualdad real de las partes fue el derecho procesal laboral, que surgió precisamente debido a la comprobación de que en los conflictos obrero-patronales existe una parte débil: el trabajador. Al

O princípio foi significativamente revalorizado a partir da metade do século XX através de *Carnelutti, Satta e Fazzalari*, por evidenciarem o caráter dialético, dialogal do processo em uma relação simbólica entre partes e juiz.¹⁴²⁸ Em complemento Fazzalari¹⁴²⁹, alude que os “... *arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório*”.¹⁴³⁰

Por tanto, el contradictorio es indispensable en el proceso, no para exacerbar la litigiosidad de las partes o para dar oportunidad a los abogados para hacer ostentación de su elocuencia, sino en interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias encuentra fácilmente el medio más adecuado para descubrir toda la verdad, iluminada bajo sus más diversos aspectos.¹⁴³¹

Dessa nova forma de compreensão, tem-se que o processo não é um monólogo, ele representa os mistérios existenciais em uma fenomenologia da compreensão.¹⁴³² A dialética dinamiza e substancializa o desvelamento-desocultamento do fenômeno conflitológico de interesses em uma descoberta projetada na adaptação existencial, com a solução do fenômeno

respecto, destacan las profundas reflexiones del notable procesalista uruguayo Eduardo J. Couture sobre la "igualdad por compensación", para lograr el equilibrio de las partes en el propio derecho procesal del trabajo (1948, tomo 1, págs. 275-276), pero que también tiene aplicación en el proceso penal por medio del principio similar denominado in dubio pro reo, tanto en el contenido del fallo como en el procedimiento. Otro principio de equilibrio de las partes en el mismo proceso penal es el relativo a la presunción de inocencia que consagran la mayoría de las constituciones contemporáneas y que tiene importantes repercusiones procesales (Sentís Melendo, 1971; Vázquez Sotelo, 1984). (FIX-ZAMUDIO, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. *Ius et Veritas*, n.º 8, 1994, Pp.89-108. P 103-104)

¹⁴²⁸RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 64.

¹⁴²⁹Em outros termos, “há processo, quando no iter de formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido os interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar. (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 141)

¹⁴³⁰FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006. P. 119.

¹⁴³¹CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1960. P. 157.

¹⁴³²Dunque nel processo il giudice non ‘e mai solo. Il processo non ‘e um monologo? ‘e um dialogo, uma conversazione, uno scambio di proposte, dirisposte, di repliche, un incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropinte, di attachi e di contrattacchi. Per questo ‘e stato rassomigliato a una sherma o a una gara sportiva; ma ‘e una sherma di persuasioni e una gara di ragionamenti. In cio consiste quel carattere, il piu prezioso e tipico del processo moderno, che ‘e la dialetticità? Che vuol dire che la volonta del giudice non ‘e mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) ala volonta e al comportamento dele parti, cioe all’ iniziativa, allo stimolo, ala resistenza o all’ acquiescenza di esse. E lo stesso si puo dire per ciascuna dele parti, la cui volonta e la cui attivita si plasma e si adequa in ogni momento del processo agli stmoli che le arrivano dal comportamento del giudice e dela contraparte. (CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 679)

junto ao processo, balizando-se via garantias constitucionais do processo, que pode ser denominado *justo* na medida em que é mais do que uma formalidade.^{1433,1434}

O Estado Ativo-Responsivo deve compreender o fenômeno conflitológico de interesses frente ao jogo dialético-dialogal, expressão da colaboração reativa, possibilitando um acercamento da democratização da democracia sob a governança das partes junto à Administração da Justiça, equiparando as funções processuais em um equilíbrio entre liberdade e igualdade, refletidas tanto no *princípio dispositivo* quanto no *princípio contraditório*, ambos aderidos pela Constitucionalidade. A colaboração reativa torna-se a expressão máxima para a possibilidade de criação do direito pelo Processo, pois opera fenomenologicamente a *epochè* (palimpsesto), pelo desvelar do fenômeno conflitual para projeção de uma possibilidade para a adaptação existencial: o Processo apresenta caráter inventivo.

O respeito ao princípio contraditório constitucionalizado evidencia-se necessário para com a aplicação do princípio dispositivo ampliado pela governança processual das partes. A governança processual desconstitui a *auctoritas* do Estado-Juiz e dimensiona-se pela *potestas*, a construção, desconstrução do fenômeno possibilitam a legitimidade da decisão judicial. O direito de ser chamado e de manifestar-se acerca do objeto do processo e dialeticamente pelo objeto do debate processual é, portanto, essencial para a emissão dos atos procedimentais legitimados democraticamente.

O modelo de colaboração reativa, atento às relações fenomênicas do ser, organiza a relação das partes processuais e cinge-as, a fim de obter o proveito mútuo da Dialética Processual Dialogal. Cooperar no sentido de Processo Civil Constitucional é agir em conjunto para alcançar a resolução adequada para o fenômeno conflitológico de interesses, havendo a ideia humana de *solidariedade* arraigada. Salienta-se que o juiz, pela dimensão da Constitucionalização do Processo, participa junto com as partes da Dialética Processual Dialogal, havendo dever de reciprocidade de diálogo entre todos aqueles que compõem o Processo.

¹⁴³³Il y a identité entre procès et mécanisme dialectique de découverte de la solution juste par le biais des garanties fondamentales. (FRISON-ROCHE, Marie-Anne. La philosophie du procès, propos introductifs. **Archives de philosophie du droit**, tome 39, Sirey, 1994, Pp.19-23. P. 23)

¹⁴³⁴Giusto processo è stato anche interpretato come sinonimo di processo corretto, rinviando tale concetto alle garanzie di contraddittorio (fra le parti, e fra queste e il giudice), al diritto di domanda ed eccezione, ai poteri istruttori delle parti, al diritto di impugnazione. In buona sostanza si tratterebbe del diritto di azione e difesa già garantito costituzionalmente dall'art. 24, 1° e 2° comma e dalle altre norme di carattere processuali contenute in Costituzione. Di analoga portata ci pare l'interpretazione di chi, pur rifiutando quell'orientamento che attribuisce a tale espressione un valore tautologico, sostiene che giusto sia quel processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali intese in relazione fra loro. (BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione**. Bologna: Università di Bologna – Corso di Dottorato in Diritto Processuale Civile, XIX Ciclo. 165 p. Tese Dottorale. P. 14)

Em suma, é o agir em conjunto para alcançar uma decisão judicial que venha a constituir uma Democracia Participativa com um debate processual composto junto à função processual exercida por partes aderidas a cidadania ativa. A participação desse espírito de cidadão ativo pela busca da tutela jurídica *“dei nuovi diritti sta próprio um questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre società, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di sopra degli altri pubblici poteri.”*¹⁴³⁵

O juiz, através da compreensão hermenêutica, deve entender o caso a ser pelo que é desvelado fenômeno conflitológico de interesses junto ao jogo dialético-dialogal assegurado pelo contraditório, adaptando o texto ao contexto produzido pelos fenômenos. Esse desocultamento do fenômeno conflitual se concretiza, de fato, em uma invenção, que é um procedimento contrário ao silogístico, porque envolve não apenas a racionalidade do juiz com a capacidade lógica, mas, acima de tudo, a compreensão da percepção fenomenológica, tudo assim verificado junto a hermenêutica fenomenológica.¹⁴³⁶

A colaboração reativa, que amplifica o Contraditório e, ato contínuo, expande a Dialética Processual baseada no diálogo, encontra na Hermenêutica o caminho que deve permear e expande os horizontes da Lei que aceitam e absorvem o movimento dinâmico das expressões de uma sociedade plural, que tem na linguagem a criação e a resolução de seus

¹⁴³⁵DENTI, Vittorio. **Giustizia e Partecipazione dei Nuovi Diritti**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 19.

¹⁴³⁶Oggi, in questo nostro tempo giuridico pos-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una invenzione, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico. [...] Rimane il primo dubbio sul giudice creatore di diritto, su sentenze creative. Uso, di mala voglia, un sostantivo e un aggettivo che suona spesso sulla bocca di giuristi imperterriti nelle proprie credenze legolatriche. Di mala voglia sì, perché, nella mia visione, il diritto non lo crea, a rigore, nemmeno il legislatore; ovviamente, tanto meno il giudice. Ripetiamolo a costo di esser monotono: l'operazione intellettuale tipicamente giudiziale è la inventio, il reperimento. E non si creda che io voglia risolvere tutto in un gioco di parole. Si deve semplicemente dare una lettura adeguata all'articolo 113 del vigente 'Codice di procedura civile', dove, sotto la rubrica 'Pronuncia secondo diritto', si dà cittadinanza al vecchio brocardo iura novit curia, insegnando: "Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto". Credo che si possa tutti convenire su una prima conclusione: che il diritto cui pensava il legislatore italiano del 1940 si identificava sicuramente nel Codice e nelle leggi speciali, in altre parole nella legge dello Stato, così come fanno le coeve 'Disposizioni preliminari' al Codice Civile. Credo, però, che si dovrebbe tutti convenire anche su una seconda conclusione: che non possiamo trasferire all'oggi quello statalismo asfittico, congeniale all'allora dominante regime autoritario. E questo, perché oggi, nell'odierno Stato costituzionale autenticamente democratico, il diritto ha un contenuto plurale, riacquistando tutta la sua complessità. Ha perduto i riduttivismi anchilosanti della modernità e ha recuperato il suo volto plurimo. Alla frase del Codice "seguire le norme del diritto" non si può assegnare che questo significato: avere – da parte del giudice – la capacità di trovare la disciplina più efficace nel contesto della questione controversa. (GROSSI, Paolo. **La Invenzione del Diritto**: a proposito della funzione dei giudici. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf>. Acessado em 30/01/2018)

fenômenos conflitológicos de interesse. Rompido o caráter impositivo da lógica processual, absorve-se que o caráter fenomênico das circunstâncias da sociedade plural, sendo verdadeiros elementos ressignificadores do ser no mundo, reconhecendo-se o espaço reflexivo do ser e, desta forma, reconhecendo a subjetividade que se manifesta pelo reconhecimento de sua existência e, concomitantemente, da existência do outro.

Ocorre uma ampliação da interpretação pela compreensão hermenêutica, voltada ao fenômeno conflitológicos de interesses; interpretação que visa atingir os contextos complexos produzidos pelas interações sociais, individuais e políticas, fazendo com que se repense a Lei e fazendo do Processo a gênese do direito, o qual revela-se via revoluções silenciosas produzidas como meios adaptativos existenciais: elabora-se uma tentativa de superar o formalismo jurídico.¹⁴³⁷

¹⁴³⁷In a celebrated 1958 article, H.L.A. Hart, a giant of twentiethcentury legal philosophy, expressed bafflement about the term “formalism”: What precisely is it for a judge to commit this error, to be a “formalist,” “automatic,” a “slot machine”? Curiously enough the literature which is full of the denunciation of these vices never makes this clear in concrete terms; it is said that in the formalist error courts make an excessive use of logic, take a thing to “a dryly logical extreme,” [citing Roscoe Pound] or make an excessive use of analytical method. But just how in being a formalist does a judge make an excessive use of logic? It is clear that the essence of his error is to give some general term an interpretation which is blind to social values and consequences (or which is in some other way stupid or perhaps merely disliked by critics).¹ Hart thought that the charge of formalism or excessive logic was perhaps a “misnomer for something else”—a tag for a judge “who either does not see or pretends not to see that the general terms of this rule are susceptible of different interpretations and that he has a choice left open uncontrolled by linguistic conventions.” “Formalism and RuleSkepticism” was the title of a chapter in his classic book, *The Concept of Law*, but again Hart expressed perplexity—“It is not always clear precisely what vice is referred to in these terms [formalism, mechanical jurisprudence]” Nearly a half century later, Cass Sunstein similarly remarked, “It is not easy to define the term formalism.” Despite the uncertainty that surrounds the term, talk about formalism is ubiquitous in legal theory, with jurists of various stripes working in the name of “new legal formalism,” drawing fire from avowed “realists.” Sunstein’s remark came in a 1999 symposium issue of the *University of Chicago Law Review* dedicated to the theoretical exploration of formalism. Every theoretical discussion of “formalism” must specify what is meant by this uncertain term. A common strategy when giving it content is to resort to the story about classical legal formalists. In his analysis of formalism, Richard Pildes asserts that the “classical formalists” believed in “a scientific system of rules and institutions that were complete in that the system made right answers available in all cases; formal in that right answers could be derived from autonomous, logical working out of the system; conceptually ordered in that ground-level rules could all be derived from a few fundamental principles; and socially acceptable in that the legal system generated normative allegiance.” Brian Leiter’s account of formalism has similar echoes: “[W]e may characterize formalism as the descriptive theory of adjudication according to which (1) the law is rationally determinate, and (2) judging is mechanical. It follows, moreover, from (1), that (3) legal reasoning is autonomous, since the class of legal reasons suffices to justify a unique outcome; no recourse to non-legal reasons is demanded or required.” Sunstein asserts that formalism is “deductive, in the sense that judges decide cases mechanically on the basis of preexisting law and do not exercise discretion in individual cases.” Any approach that defines “formalism” in these terms has doubtful validity, as earlier chapters demonstrated. These ideas were not widely held in the U.S. legal tradition, if they were held by any jurists at all. Duncan Kennedy, who has written seminal historical and theoretical studies of formalism, concluded that this version of formalism was “invented by its adversaries rather than by any known American proponents” (although Kennedy invents his own version as well). The historical question aside, a more immediate reason not to view “formalism” in these terms for theoretical purposes is that it has absolutely no purchase today. The U.S. legal culture, with its pervasively instrumental view of law, does not think of law as complete and logically ordered, does not think of law as autonomous, and does not view judging as a matter of mechanical deduction. To have relevance today, formalism must be construed differently. A second approach to defining formalism draws from contemporary applications of the term. But this, too, gets nowhere. As Kennedy observed in a recent encyclopedia entry on formalism, “Legal formalism’ is an important category in the history

O princípio do contraditório, além de estabelecer a igualdade entre as partes tem somado-se à liberdade Processual, pois essa dualidade entre igualdade e liberdade com efeito da Constitucionalização e da democratização da democracia vem a alterar as estruturas e funções do processo retirando a centralidade política - até então - da Jurisdição e perpassando essa centralidade politizada ao Processo.

Prospecta-se uma profunda reestruturação e conseqüentemente uma nova dimensão das funções das partes aderindo a estas a cidadania ativa, pois a nova vocação de nosso *tempo* é o

of law, the sociology of law, comparative law, and the cultural study of law, as well as in the philosophy of law and the interdisciplinary field currently called ‘legal theory.’ It is used in different senses in these different fields, and within each field it is a contested concept, rather than a well-established term with a clear meaning.” Put more plainly, legal formalism has been given all sorts of inconsistent meanings, and no one is sure what it stands for. In just the single Chicago symposium issue, Pildes found that theorists used three versions of formalism. “Because both the structure of these modern formalisms and their underlying justifications differ so sharply,” Pildes observed, “it is implausible to see them as representing any unified, coherent vision of modern legal formalism.” There is a compelling reason why Hart was baffled about the meaning of “formalism” a half century ago and why legal theorists do little better today. As chapter 4 explained in connection with the writ system, the term “formalism” has traditionally served to register scorn. It was a reproach directed at a judge or lawyer or a condemnation of a particular decision. “Even a cursory look at the literature,” Frederick Schauer remarked, “reveals scant agreement on what it is for decisions in law, or perspectives on law, to be formalistic, except that whatever formalism is, it is not good.” The term is an “epithet.” The “demon of formalism,” Cardozo called it. The U.S. Supreme Court invoked this pejorative sense in a 2008 decision when stating, “Habeas is not ‘a static, narrow, formalistic remedy’; its scope has grown to achieve its grand purpose.” It was precisely for this deprecatory thrust against courts that critics branded the turn-of-the-century as the “formalist age.” A masterful rhetorical move it was—labeling one’s opponents with a censure, which everyone subsequently mistook as a substantive notion. Formalism has always served as a term of abuse with no real theoretical content. Contemporary theorists, therefore, embark upon an illfated mission when they try to attach genuine theoretical meaning to the term. Any term can be given content, so the objective itself is not the problem. The problem is that this term carries too much baggage that is false or negative. The false baggage is the old story about the legal formalists, which infects every attempt by theorists to construct a viable meaning of the term. The negative baggage comes from the centuries-old use of the term as an insult. Note the contrasting visceral reactions to these two statements: “Judges should decide in a formalistic fashion”; “Judges should decide in a rule-bound fashion.” Not the same. A theoretical term that cannot be read clean of unwanted connotations is compromised. Theorists have nonetheless forged ahead in the effort to give theoretical meaning to formalism. The two most sophisticated and influential theoretical articulations of the meaning and implications of formalism, produced by Duncan Kennedy and Frederick Schauer, are examined in this chapter. Both theorists construe “formalism” in elaborate terms that revolve around the unthinking application of rules. This chapter demonstrates that formalism possesses a great potential for confusion with no compensating, redeeming theoretical value. The most demanding constructions of formalism impose conditions that are impossible for judges to meet and that poorly fit common law judging. These accounts are more misleading than informative. The less demanding constructions of formalism add nothing to the idea of “rule-bound” and thus are empty of independent meaning and can be discarded without loss. Contemporary efforts to construct a viable “new formalism,” furthermore, have absorbed the major insights of balanced realism, leaving nothing distinctive to the claim of being “formalistic.” Much of the analysis is presented in negative terms, as a critical engagement with leading contemporary theories of formalism. But there is an underlying positive component to the analysis: the critique is informed by, and reflects the sensibilities of, a balanced realist position, which will be filled out in chapter 10. (TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging.** New Jersey: Princeton University Press, 2010. P. 159-162)

Processo por ter potência de ser um amplo espaço democrático, e ainda serve como gênese criadora do direito.^{1438,1439,1440}

A consequência positiva desse cenário é um redimensionamento – necessário -da Jurisdição ao Processo e a politização do direito é aderida ao diálogo Processual, desvelando-se interpretativamente frente ao texto normativo e ao contexto.

3.1 - Princípio Contraditório Constitucionalizado

A fundamental transformação do Direito Processual junto às normas Constitucionais evidencia a ruptura com o contraditório em seu sentido formal e material, passando a estabelecer uma igualdade processual por uma colaboração reativa, na governança processual das partes. A boa-fé processual é responsável pelo equilíbrio entre a liberdade e a igualdade processual, dimensionando a paridade na governança processual das partes, garantido o princípio da publicidade e da transparência dos atos processuais, possibilitando a fundamentação da decisão judicial.

O princípio contraditório foi elevado a direito fundamental, sendo uma consequência do pensamento de Estado Reativo¹⁴⁴¹ ganhando renovada e atual importância diante do Estado Ativo-Responsivo para o âmbito do processo judicial. O instituto deve amplamente respeitado, sendo que, no mundo, cada código de processo concretizou esse princípio, dando-lhe conteúdo

¹⁴³⁸O Respeito a Personalidade no Processo. In: CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 97 e segs.

¹⁴³⁹BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P:302.

¹⁴⁴⁰The social importance of the justice system is reflected by its significance in literature. Civil justice texts are replete with quotes from Bentham, Shakespeare, Dickens and Kafka. The permeation of justice and justice system issues throughout literature could be a manifestation of Jacob's 'transcendent' importance of civil justice. The significance of the civil justice system is also reflected in the majesty of court buildings – in the iconography of justice. But the question is, important in what way? Does the civil justice system have practical significance to the everyday resolution of trouble and disputes? Is it of significance because it offers the ultimate backstop providing a sense of order and security? The answer is that it is of significance because the law fixes obligations and duties through rules governing social and economic and governmental behaviour. It is of significance because it is in the light of those rules that people arrange their affairs and seek to avoid disputes. The significance lies in the individual decisions affecting the lives of private citizens, businesses and public bodies and, more importantly in social terms, in the authoritative rulings of the judiciary together with their articulation of their reasoning and the principles applied. (GENN, Hazel. **Judging Civil Justice**. Cambridge, New York, 2010. P. 19-20)

¹⁴⁴¹ Conforme visto, a liberdade individual do Estado Reativo passou por diversas alterações com efeitos de várias transformações no âmbito das estruturas Estatais, chegando assim ao Estado Ativo-Responsivo, modelo de Estado este que com a Constitucionalização do Direito e com a Democratização da Democracia passa a superar o conceito estático de indivíduo repovoando sua estrutura pelas funções de um cidadão ativo.

e forma¹⁴⁴², passando-se a considerar que “...há processo quando no iter de formação do ato há contraditório, isto é, é permitido aos interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar.”¹⁴⁴³

A ressignificação do princípio contraditório, acompanhando as aderências políticas, ocorre com a construção de uma colaboração reativa, a qual projeta-se na construção do processo pelas partes tidas estas como cidadão ativos, sujeitos de necessidades potencializadas pela hodiernidade e que são tutelados pela normatividade apregoada a uma ampla interpretação textual e contextual exposta pelo fenômeno conflitológico de interesses. A projeção normativa atual e os sujeitos de necessidades potencializados fazem com que o conflito venha ser a gênese do direito, o que cobra uma aplicação do dispositivo materializado pelas formulações de atos das partes por suas pretensões substanciais voltadas à emissão de um ato decisório.

Na semântica de uma visão que harmoniza com Estado Ativo Responsivo ora vivenciado delineia-se a visão de uma ressignificação dialogal que torna viável a compreensão hermenêutica¹⁴⁴⁴ no contexto processual, a qual é ampliada pela dialética que situa o cidadão como sujeito pro-ativo e colaborativo junto ao Estado-Juiz. O conflito intersubjetivo de interesses, a partir de um conceito amplo, é toda a relação de *oposição* manifestada por atores sociais que se correlacionam por *ações* em contraposição mútua.

O direito manifestado por via do Processo pode servir tanto para *resolver* como para *expandir* os conflitos. A potência que modifica a resolução do conflito reside na forma como seu desenvolvimento ocorre e como a linguagem liquefaz-se no processo. A fenomenologia do

¹⁴⁴²A questão levantada pela reclamante sobre se o Tribunal que examinou a reclamação [do Ministério Público, ou seja, o Superior Tribunal Estadual], querendo decretar uma prisão que fora rejeitada por um tribunal inferior [no caso, pelo Tribunal Estadual – 2ª instância] deverá ouvir o acusado antes dessa decisão exige algumas ponderações, por princípio, sobre o significado do direito ao contraditório em geral. [...] Neste sentido, veja-se o Artigo 103 (Direitos fundamentais do acusado), que em um de seus incisos arrola o contraditório, sendo que, “... Todos têm o direito de serem ouvidos perante os juízos e tribunais.” [...] O princípio do direito de contraditório, elevado a direito fundamental no Art. 103 GG, é uma conseqüência do pensamento de Estado de direito para o âmbito do processo judicial. A função dos tribunais, de prolatar uma decisão terminativa [que conclua uma fase processual, podendo se tornar definitiva em não havendo ou não sendo interposto o recurso adequado ou proposta a Reclamação Constitucional] sobre uma situação concreta da vida, não pode, em regra, ser cumprida sem oitiva das partes. Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder ter influência sobre o processo e o seu resultado (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279]). (MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. República Federal de Alemanha: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. P. 915)

¹⁴⁴³PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 142.

¹⁴⁴⁴A pré-estrutura da compreensão é importante para sustentar a circularidade projetada pelo método fenomenológico, notadamente a partir do momento em que se aceita a finitude da existência, dentro de um contexto histórico da facticidade humana. (ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 104-105)

conflito está presente tanto no que toca à formação da relação intersubjetiva, como na forma como ela será tratada pelo Judiciário, de maneira que deve ser resgatado no meio da *panacéia normativa e procedimentalista*. Os <fenômenos conflitológicos de interesses> pretextam plena composição inerente ao ser humano – uma gramática do espetáculo humano -, pois, conforme o exposto, é parte da própria natureza do ser viver em conflito.¹⁴⁴⁵

Frente a um novo cenário Processual, necessária uma nova forma de enxergar o outro sujeito da relação processual, assim como requalificar subjetivamente os sujeitos dadas as suas particularidades existenciais, por meio de uma ressignificação do papel atual da Jurisdição e do Processo, buscando-se demonstrar a importância de um Processo que dê primazia aos sujeitos e ao *diálogo*, como forma de estabelecer uma relação jurídica capaz de transcender a jurisdição e reconhecer um maior grau de humanidade frente ao outro, para que o Processo desvele o fenômeno e consiga afirmar uma nova realidade social-política – uma vez que ao transcender a jurisdição o Processo é capaz de respaldar na Política, por terem os cidadãos autonomia advinda da Democracia.

O princípio contraditório constitucionalizado sofre influências de uma nova projeção no sistema processual, cuja decisão inicial, nesse sentido, foi prolatada pela Corte Suprema Alemã, responsável por refletir positivamente nas decisões das Supremas Cortes em vários países. Para o trabalho, o contraditório constitucionalizado justificam a alteração-modificação do objeto do processo formal se respeitado o princípio do contraditório constitucionalizado, pois com vistas a colaboração reativa o Estado-Juiz pode decidir via compreensão hermenêutica, a qual nasce com o jogo dialético-dialogal, afigurando as partes como protagonistas do Processo.

O princípio dispositivo, para ser ressignificado, conforme posto, necessita alterar a ideia de congruência, pois o contraditório constitucionalizado permite que ela possa incidir na decisão de forma a *flexibilizar-se* pela interpretação ampliadora do direito subjetivo, ou mesmo

¹⁴⁴⁵O “ambiente” que se modificou — para usarmos essa expressão tão constantemente mal empregada — foi apenas o ambiente que as pessoas formam umas para as outras. Durante esses séculos, o céu permaneceu mais ou menos o mesmo, tal como aconteceu com a natureza orgânica do homem e com a estrutura geológica da Terra. A única coisa que mudou e se deslocou numa direção específica foi a forma da vida comunitária, a estrutura da sociedade ocidental e, com ela, a influência social sobre o indivíduo e sobre a forma de suas funções psíquicas. Talvez seja ilusório afirmar que esse continuum da sociedade humana é uma “máquina de moto perpétuo”. Sem dúvida, esse continuum constantemente extrai energia física do mundo a seu redor. Do ponto de vista físico, a sociedade não passa de uma parte do cosmo natural mais poderoso que, como um todo, é na verdade uma máquina em perpétuo movimento. Mas, tal como a corrente do Golfo no oceano, por exemplo, o continuum de seres humanos interdependentes tem um movimento próprio nesse cosmo mais poderoso, uma regularidade e um ritmo de mudança que, por sua vez, são mais fortes do que a vontade e os planos das pessoas individualmente consideradas. (ELIAS, Norbert. **A sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. P. 38)

na forma de *incongruência*, esta diz respeito a não ter respostas e sua manifestação reproduz-se em adaptação existencial.^{1446,1447,1448}

O exercício da cidadania ativa rearticula as funções processuais em uma colaboração reativa garantida pelo princípio do contraditório, que permite um equilíbrio na delimitação do objeto do processo e do objeto do debate processual, assegurando um amplo exercício que se articula e rearticula-se constantemente no tocante ao jogo processual: “*En su conjunto, el Derecho no es más que la puesta en escena y la construcción de la trama de ese debate continuo*”¹⁴⁴⁹.

Dá-se assim, de tal maneira, uma nova interpretação ao princípio dispositivo, na medida em que é constitucionalizado, pois permite uma rearticulação e confluência entre o princípio da iniciativa e o princípio contraditório: ambos são dimensionados na criação do direito pelo Processo e operam equilibrando a liberdade e a igualdade processual entre as partes. Esse equilíbrio das funções processuais acaba possibilitando a função jurisdicional pelo debate produzido colaborativamente pelas partes com o fenômeno desvelado nesse jogo processual a criação do direito que é desocultada pelas partes, justamente pela grande complexidade e dinamicidade dos fenômenos sociais, justifica-se a fundamentação da decisão no acercamento e nas garantias estabelecidas com a Administração da Justiça. Aqui se tem a governabilidade das partes no processo, essa governança processual acaba projetando-se na compreensão hermenêutica do fenômeno conflitológico de interesses.

O debate estabelecido entre as partes e o Estado-Juiz investido de sua função jurisdicional vem a fundamentar a decisão, a qual perpassara os limites do anacronismo legal,

¹⁴⁴⁶Ver: MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. República Federal de Alemanha: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. P. 913 e segs.

¹⁴⁴⁷A jurisprudência francesa permite a modificação do objeto processual formal se respeitado o contraditório constitucionalizado. Defende-se no ora trabalho uma visão diferente da de Florence quanto a relação do princípio dispositivo e do princípio do contraditório. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L’adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.317 e 302-303)

¹⁴⁴⁸RIBEIRO, Darci Guimarães **A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC**. In: Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 232, p. 13-35, jun. 2014.

¹⁴⁴⁹El giro antropológico (sobre este punto me permito reenviar a mi libro) nos conduce directamente al Derecho. Nos enseña que los límites, vínculos y medidas que el Derecho establece no se libran ni de la instrumentalización de los campos primarios ni de los «yo» hegemónicos, salvo a condición de inscribirse bajo la égida de un tercero imparcial, en la tercera dimensión de lo indisponible, en el espacio público de una reflexividad que prácticamente no tiene fin. La mejor fórmula que podríamos darle es extraída del viejo Derecho procedimental: *auditor et altera pars* —escucha igualmente a la otra parte—. El precepto es procedimental y condiciona el debate contradictorio; a un nivel más profundo, da cuenta de la naturaleza del Derecho al instarle siempre a unir los dos polos de lo humano, donde la «otra parte», esa de la diferencia que crece en el seno de uno mismo, tendrá el primer lugar. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.38-39)

sendo que o fenômeno desvelado pelo contraditório passa a ser uma via de possibilidade ao Direito: o caso-problema gera direito como direito.¹⁴⁵⁰

A experiência Hermenêutica conota o encontro entre a herança e o horizonte da interpretação e reside no desvelamento do *ser* pela linguisticidade; a experiência do ser, ocorre via linguagem “*o homem tem um mundo e vive num mundo por causa da linguagem.*”¹⁴⁵¹. O jogo atende aos objetivos da hermenêutica na medida em que considera o viver fático e o fenômeno da conversação entre duas pessoas. Supera a dialética unilateral sofista em prol da construção, “*Sócrates parece confirmar verdadeiramente que basta uno sollo para llevar una*

¹⁴⁵⁰La tragédie d'Oreste n'est pas seulement un déchirement de la conscience, c'est aussi l'impossible échappatoire entre deux normes antagoniques : le droit lui impose de venger son père, ce qui heurte une autre règle de droit tout aussi impérieuse qui interdit le parricide (ici un matricide). Les Eri-nyes défendent le droit traditionnel fondé sur les liens du sang et, de leur point de vue, le crime de Clytemnestre n'est pas de même nature : "Son crime n'a pas fait couler son propre sang", dit le coryphée ; ce à quoi Apollon rétorque : "Tu mets bien bas — tu réduis à rien ! — un pacte dont les garants sont Zeus et Héra. "a couche nuptiale où le Destin unit l'homme et la femme est sous la sauvegarde d'un droit plus puissant que le serment". Cette sorte de non-réponse du tribunal signifie tout à la fois que le lien du mariage vaut bien le lien du sang, et qu'aucun des deux meurtres n'est plus acceptable que l'autre. Le droit qui apparaît, c'est que tout meurtre doit être poursuivi, et c'est à l'institution judiciaire qu'il appartient d'y procéder. L'ambition d'Eschyle était peut-être que cette tragédie fasse jurisprudence. C'est un problème analogue qui est posé dans *V Antigone* de Sophocle. Chacun lutte pour un droit, ou pour une conception du droit dans la cité. Créon affirme un droit qu'il tient de son pouvoir : "Tu as osé passer outre à ma loi", dit-il à Antigone, qui lui retourne l'accusation de "passer outre à d'autres lois, aux lois non-écrites, inébranlables, des dieux". Hémon va soutenir la cause d'Antigone, avec des arguments plus politiques ; il évoque ce que dit le peuple de Thèbes pour contester la volonté autocratique de Créon : "Il n'est point de cité qui soit le bien d'un seul". On est aux sources du droit dans cette pièce, la plus fameuse du répertoire classique, où le mot *nomos*, pour la première fois dans la littérature grecque, n'a pas une signification seulement religieuse. Comme dans *Les Euménides*, la réponse est ambiguë sur le fond du droit. Il n'est pas dit expressément quelle loi devait l'emporter. Les Grecs n'avaient pas le goût d'un droit aussi précis que l'auront les Romains. Leur sensibilité est tournée au premier chef vers le *logos*, le débat public; ils s'intéressent davantage au procès qu'au droit lui-même et à l'émergence du droit dans la confrontation des idées, de même que pour eux la démocratie tient essentiellement au droit de parole égal pour tous, sur *Y agora*. Les Grecs n'ont pas le fétichisme de la règle, il croient avant tout au dialogue, à la controverse, et s'il faut arrêter le conflit, ils ne cherchent pas la réponse dans une norme suprême, ils recherchent plutôt une procédure. Dans la tragédie d'Antigone, il n'y a pas, comme dans la pièce d'Eschyle, un tribunal, pour transcender le conflit. Il y a seulement le devin Tirésias. Vainement, il invite Créon au compromis : "La sagesse, dit-il, est le premier des biens". L'inflexibilité du tyran conduira à la réalisation du terrible présage. Rien n'empêchera la tragédie d'aller à son terme dans un enchaînement de mort. Sophocle confirme, par la négative, la leçon d'Eschyle. Le conflit génère le conflit s'il n'existe une instance de pacification, la Justice, qui seule peut donner un sens au droit. Cela signifie que la norme n'a pas un sens en elle-même. Elle aurait plutôt une pluralité de sens, et c'est le tribunal qui doit, en définitive, sélectionner quel sens lui donner au regard de tous les éléments qui caractérisent un conflit. Là est le pouvoir de la justice : de choisir entre deux droits, autrement dit entre plusieurs sens possibles du droit, le choix de sens devant être inspiré par l'idée supérieure de rétablir la paix dans la cité. De toute façon, le droit ne peut tout régler par lui-même. Le détour par la tragédie grecque fait comprendre, à travers le jeu des antagonismes, la relativité du droit et la fonction du juge. C'est dans le procès que réside l'essence du droit. Mais quand le juge dit le droit, il ne fait pas la loi. Il ne doit pas se confondre avec le législateur. Aristote distinguait soigneusement le délibératif, orienté vers l'avenir, et le judiciaire, tourné vers la solution d'un problème passé. Aussi, les juridictions constitutionnelles qui contrôlent les parlements sous prétexte de contrôle de la constitutionnalité des lois ne sont plus véritablement des juges mais plutôt des sortes de troisièmes chambres législatives (non élues) avec droit de dernier mot. C'est dangereusement mélanger les genres, et ce n'est pas seulement malmener la démocratie représentative, c'est aussi donner au droit une rigidité nocive. Il est important de laisser du "jeu" dans la machine du droit, pour que celui-ci soit vivant. Il revient à un Grec de conclure. Ce sera Heraclite : "C'est l'instinct du jeu, sans cesse réveillé, qui appelle au jour des mondes nouveaux". (SOULIER, Gérard. *Le théâtre et le procès. Droit et Société*, vol.17, n.º1, 1991.Pp. 9-24. P.21-22)

¹⁴⁵¹PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969. P. 210.

conversación. Sin embargo, el verdadera arte de llevar una conversación es aquel em el que ambos interlocutores se ven llevados. Esta es entonces una verdadera conversación que lleva a algo” ¹⁴⁵². A experiência Hermenêutica é Dialética na medida em que desvelam a autocompreensão, - pois possibilita que as partes, por via dialogal do jogo de perguntas e respostas¹⁴⁵³ - cheguem a uma compreensão do evento. É também ontológica na medida em que a compreensão e a linguagem revelam o ser não como objeto, mas dá real significado do ser.

Destaca-se, que esse interrogar acontece com a Dialética como <Dialética Processual Dialogal de Perguntas e Respostas>, fundamentada pela teoria Gadameriana do jogo de perguntas e respostas realizado pela via dialogal, assim como o extrato de propostas de teorias dialéticas atentas ao contexto; bem como se usará da Hermenêutica Filosófica para o desvelamento do fenômeno pela compreensão ontológica fundamental.

Es el preguntar que pregunta más allá de todo lo presente, abriéndose a lo posible, el decir, que busca las palabras para lo que no se puede decir, hasta que palabrea, y es como respuesta, y es siempre de nuevo la esperanza que todavía nos está colmada y no llena de esperanza; hablando com Heráclito: sólo quien es consciente de lo inesperado y de lo que no se puede esperar encontrará colmadas sus esperanzas.¹⁴⁵⁴

O jogo processual oportuniza uma dialética expressada dialogalmente “[...]o diálogo “não é termos experimentado algo de novo, mas termos encontrado no outro algo que ainda não havíamos encontrado em nossa própria existência de mundo [...] o diálogo possui força transformadora”, de maneira atribui ao diálogo a construção do conhecimento e aos enlaces dos sentimentos humanos: “ambos encontram o outro e encontram a si mesmo no outro”¹⁴⁵⁵. O Diálogo, dessa forma, se perfaz pela linguagem¹⁴⁵⁶ é atributo natural do ser, de maneira que

¹⁴⁵²GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**: Tomo II. Salamanca: Sígueme, 1998.P. 35.

¹⁴⁵³ Os homens falam para responder e são para falar. Quando terminam de falar deixam de ser. Pois um laço extraordinário entrelaça morte e sentido no tecido da existência humana: vigor silencioso de uma mesma essência, presença serena do mesmo nada criativo. O homem é o ser que fala mesmo quando não fala e cala, recolhendo-se no silêncio do sentido, assim como é o ser que morre, mesmo quando não morre e vive, recolhendo-se à temporalidade da existência. A fala remete para além ou aquém das palavras, mas este remeter não é semântico e nem sintático. É o silêncio do sentido. A fala só fala para e por calar. A palavra essencial, sendo a essência da palavra no tempo das realizações, é apenas silêncio. Por isso, não há nada além nem aquém das palavras, só se dá mesmo o nada. E não se trata de um nada negativo, nem nada que se esvai e contenta em negar tudo sem negar a si mesmo em sua negação. Trata-se de um nada criativo, um nada que deixa tudo originar-se: a terra, o mundo, a história, os homens, com todas as negações e afirmações. É um nada que constitui a essência do ser-no-mundo. (HEIDEGGER, Martin. **Ser e o Tempo**: Parte I. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. P. 16)

¹⁴⁵⁴GADAMER, Hans Georg. **El Giro Hermenéutico**. Madrid: Catedra,1995. P.185.

¹⁴⁵⁵GADAMER. Hans-Georg. **Verdad y Método**: Tomo II. Salamanca: Sígueme, 1998. P. 247.

¹⁴⁵⁶El lenguaje es así el verdadero centro del ser humano si se contempla en el ámbito que sólo él llena: el ámbito de la convivencia humana, el ámbito del entendimiento, del consenso siempre mayor, que es tan imprescindible para la vida humana como el aire que respiramos. El hombre es realmente, como dijo Aristóteles, el ser dotado de lenguaje. Todo lo humano debemos hacerlo pasar por el lenguaje

podemos dizer que a linguagem se dá somente pelo diálogo, exasperada através das expressões humanas gestadas por fenômenos que são o centro dos Dasein.

In questa concezione, la controversia tra una pretesa e un'opposta constazione concretiza la realtà dell'ordinamento quando si organizza giuridicamente nel processo che, per sua intrinseca struttura, impone alle parti contendenti la discussione mediata e racionalmente controllata delle reciproche posizioni contrarie, offrendo a ciascuna di esse la facoltà non soltanto di affermare la própria tesi, ma anche e soprattutto di contraddire l'avversario in una lite destinada per expressa richiesta dei disputante ad una composizione giudiziale.¹⁴⁵⁷ (g.n)

O jogo de linguagens que subsiste entre o ser tem no <Fenômeno Conflitológico de Interesses> reflexo direto na composição do objeto processual que se ampliará junto ao espaço de debate processual. O problema do diálogo e a sua incapacidade referem-se à abertura do sujeito com os demais e vice-versa¹⁴⁵⁸, de maneira que podemos identificar o problema da conversação e da interpretação entre o ser como problema de identificação do outro. Essa ausência de identificação se perfaz tanto pela dificuldade de manter o diálogo como na de escutar o outro, pois para ser capaz de conversar “*hay que saber escuchar. El encuentro con el otro se produce sobre la base de saber autolimitarse, incluso cuando se trata de dólares o de intereses de poder*”¹⁴⁵⁹.

Convivir sólo es posible porque compartimos un mundo y compartimos un mundo porque lo hemos construido dialógicamente. Sin diálogo no hay mundo y sin mundo no hay diálogo. Diálogo y mundo son coetáneos. Sin embargo, la transparencia dialógica del mundo también permite que el logos sirva para ocultar al ser. Esto ocurre cuando las motivaciones del diálogo están determinadas por proyectos subjetivos, es decir, cuando el diálogo decae en lucha por el dominio.¹⁴⁶⁰

(GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método. Tomo II**. Salamanca: Sígueme, 1998. P. 152)

¹⁴⁵⁷OPOCHER, Enrico. **Lezioni di filosofia del diritto**. Padova: Cedam, 1983. P. 293.

¹⁴⁵⁸La incapacidad para el diálogo (1971) in GADAMER. Hans-Georg. **Verdad y Método**: Tomo II. Salamanca: Sígueme, 1998. P. 204.

¹⁴⁵⁹La incapacidad para el diálogo (1971). In: GADAMER. Hans-Georg. **Verdad y Método**: Tomo II. Salamanca: Sígueme, 1998. P. 208.

¹⁴⁶⁰ESCOBAR, Jorge Armando Reyes. Diálogo y **Phronesis en el Pensamiento de H.G. Gadamer**: Meditación sobre algunas de sus aporías. In: CAMPOS, Raúl Alcalá; ESCOBAR Jorge Armando Reyes. **Gadamer y las Humanidades**. Volumen II. Filosofía, Historia, Ciencias Sociales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. P. 60-61.

A experiência¹⁴⁶¹, considerada aqui como o pleno existir, perfaz-se pela experiência aberta¹⁴⁶² por um jogo livre por via do diálogo¹⁴⁶³, que não é uma forma de um conhecimento objetivado, mas sim uma espécie de compreensão do outro e do existir dele. É a forma profícua de conhecer a *existência* do outro ser, partilhar a mundanidade em uma fenomenologia. O fenômeno conflitual de interesses tem uma invariável soma de possibilidade, pois o fenômeno conflitual é inato ao ser, pois pode se dar pela dificuldade de reconhecer a existência do outro – linguagem, seja pela dificuldade em pré-compreender o evento que se desenrola, e tal fenômeno nasce do *ato natural de existir junto às relações intersubjetivas*, pois aceita a dificuldade de *conhecimento absoluto e racional* e aceita o fato de que a própria existência é ato contínuo de conhecimento sem busca de verdades absolutas.

A linguagem marca de humanidade do sujeito, por via dela que o Conflito deve ser resolvido e os fatos emergirem de maneira plena. Como os sujeitos em sociedade apresentam dificuldades existenciais quanto ao diálogo, necessário que o mecanismo de resoluções desse

¹⁴⁶¹«La experiencia es la experiencia de la finitud». La experiencia, en el verdadero sentido de su significado interno, enseña a uno a conocer interiormente que no es dueño del tiempo. Es el hombre «experimentado» quien conoce los límites de toda anticipación, la inseguridad de todos los planes humanos. Pero esto no lo hace rígido y dogmático, sino más bien lo abre a nuevas experiencias. Puesto que en la experiencia uno alcanza el futuro esperado, y puesto que la experiencia pasada muestra lo incompleto de todos los planes, está claramente presente aquí la estructura de la historicidad enfatizada ya en nuestra discusión anterior. «La verdadera experiencia,» afirma Gadamer, «es la experiencia de la propia historicidad de uno»¹⁰. En la experiencia los poderes del hombre para hacer y su razón de planificación se enfrentan con sus límites. El hombre, que permanece e interviene en la historia, a través de la experiencia llega a comprender bien el futuro dentro del cual las expectativas y los planes todavía están expuestos a él. La madurez en la experiencia que coloca con una apertura adecuada al futuro y al pasado es en sí misma la esencia de lo que Gadamer tiene en mente como conciencia históricamente operativa. (PALMER, Richard. **Qué es la Hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. P. 279-281)

¹⁴⁶²Percebe-se por contraste a essência da linguagem normal: a intenção de falar só pode encontrar-se em uma experiência aberta; ela aparece, assim como a ebulição em um líquido, quando, na espessura do ser, zonas de vazio se constituem e se deslocam para o exterior. "A partir do momento em que o homem se serve da linguagem para estabelecer uma relação viva consigo mesmo ou com seus semelhantes, a linguagem não é mais um instrumento, não é mais um meio, ela é uma manifestação, uma revelação do ser íntimo e do elo psíquico que nos une ao mundo e aos nossos semelhantes já que para perceber uma superfície, por exemplo, não basta visitá-la, é preciso reter os momentos do percurso e ligar um ao outro os pontos da superfície. Mas vimos que a percepção originária é uma experiência não-tética, pré-objetiva e pré-consciente. Digamos então provisoriamente que existe somente uma matéria de conhecimento possível. De cada ponto do campo primordial partem intenções, vazias e determinadas; efetuando essas intenções, a análise chegará ao objeto de ciência, à sensação enquanto fenômeno privado, e ao sujeito puro que põe um e outro. Esses três termos só estão no horizonte da experiência primordial. É na experiência da coisa que se fundará o ideal reflexivo do pensamento tético. (MERLEAU PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1994. P. 265-266)

¹⁴⁶³El lenguaje es dar, participar, tomar, de modo que no estamos ante la situación de que un sujeto se encuentre frente a un mundo de objetos (em cuyo caso el lenguaje se enredaría en aporías seudoplatónicas de la methesis). Allí donde hablamos los unos con los otros para los otros y buscamos y probamos para nosotros mismos las palabras que llevan a un lenguaje común, conformándolo de esta manera, nos esforzamos por entender – y esto significa que esforzamos siempre a todo, al mundo y al ser humano – y es posible que no acabemos de entendernos muy bien los unos a los otros. [...] He aquí lo que caracteriza las relaciones de los seres humanos. Estas se realizan especialmente en una conversación que no quiere ni persigue otra cosa que compartir el propio punto de vista con el otro o medirlo por el rasero del otro y comprobar así su solidez a partir de la respuesta que nos llegue. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Metodo**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. P. 34-35)

conflito outorgue meios efetivos que possibilitem a conversação entre as partes e que assegure para tal os meios necessários para que essa linguagem ocorra de forma *dialogal*.¹⁴⁶⁴

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.

Nesse sentido, Paul Ricoeur propõe a o resgate de uma Sabedoria Prática, que corresponde ao ramo da ética posterior, a qual pertence à *práxis*¹⁴⁶⁵, ancorada na vida e no desejo, construindo assim, uma ponte hermenêutica entre uma moral de caráter teológico e outra de caráter deontológico, para apontar um Ser capaz de deliberar sobre as circunstâncias que definem sua ação, baseado na fenomenologia reflexiva a que é se refere na análise e na dialética. Pela dialética, o homem torna-se capaz de existir linguisticamente e dialogar nos mais variados campos comandados pela Instituição. Segundo o autor, o ser tem como meta o viver bem e escolhe o meio social para tal, local em que a moralidade nasce do cruzamento entre o si e a norma imposta. A norma só permite um bem viver quando a real aplicação passa pelo campo da *práxis* e transforme a visão para um si-mesmo como um outro, afirmando a reflexividade do Ser.

O que Ricoeur denomina por sabedoria prática são aquelas soluções não arbitrárias que incorrem em um equilíbrio. Por sua ética da argumentação, Ricoeur encontra a possibilidade de formulação de uma ética pela argumentação que permite integrar as objeções do contextualismo que permite uma Dialética Processual Dialogal entre argumentos e convicções.¹⁴⁶⁶ Expõe em

¹⁴⁶⁴Todos os estados de espírito mais fortes trazem consigo uma ressonância de sensações e estados de espírito afins: eles revolvem a memória, por assim dizer. Algo em nós se recorda e torna-se consciente de estados semelhantes e da sua origem. Assim se formam rápidas conexões familiares de sentimentos e pensamentos, que afinal, seguindo-se velozmente, já não são percebidas como complexos, mas como unidades. Neste sentido fala-se do sentimento moral, do sentimento religioso, como se fossem simples unidades: na verdade, são correntes com muitas fontes e afluentes. Também aí, como sucede freqüentemente, a unidade da palavra não garante a unidade da coisa.” (NIETZSCHE, Friedrich. **Humano Demasiado Humano**: um livro para espíritos livres. São Paulo: Companhia de Bolso, 2008. P. 15)

¹⁴⁶⁵A *Práxis* para Ricoeur é o plano que permite a existência do ser reflexivo, consequência da moral no seu desdobramento das normas que conota o sentido subjetivo da obrigação.

¹⁴⁶⁶ Para entrar em esta árdua dialética, es Bueno recordar que la argumentación, considerada em e trayecto de la efectuación, es un juego de lenguaje [...] en una forma codificada, incluso institucionalizada, no es más que un

sua obra a importante necessidade da expressão não dogmática do poder público, que reside na expressão do Ser por via da Dialética Processual Dialogal, pois os conflitos que emergem no seio social dizem respeito a termos como segurança, prosperidade, liberdade, igualdade e solidariedade, termos diretamente conectados com a instancia política da sociedade¹⁴⁶⁷. Esses conceitos assim necessitam de uma filosofia de ação da *práxis* de caráter hermenêutico que possibilite que estes termos possuem uma pluralidade insuperável semanticamente, que não pode ser reduzida a paradoxos, de modo que necessitam ser atualizados constantemente pela dialética marcada pelo caráter reflexivo.

Os paradoxos são necessários ao desvelamento do Ser para que seja ressignificado o contraditório pela busca de um *contraditório constitucional* expresso pela dialética processual dialogal. A dialética aplicada desta forma profere representações do ser em ato de existir por via de uma linguagem não performática, que coexiste por via de debate diante de um *círculo hermenêutico*. A hermenêutica é responsável pelo desvelamento dos conflitos humanos, contingentes e necessários, frutos dos momentos que revelam a sociedade em tempo e espaço únicos e em paralaxes; sociedades complexas de um modo *transevolutivo*. *Note que o Processo evidencia disfunções e degenerações linguísticas má formadas que tendem serem reconstruídas junto ao debate processual que dota-se de uma dialética junto debate que expõe-se como jogo, desse contexto que é dito como significações visa desnudar o fenômeno conflitual. Somente existe uma Dialética balanceada se às partes resta concedido o meio necessário para o Diálogo.*

Por sua vez, o Jusfilósofo Miguel Reale cria que a Dialética tem sentido de complementaridade do fenômeno conflitológico de interesses a partir do momento que a experiência social e história se põem como realidade dialética e supera a dialética sofista quando há a possibilidade de participar da unidade constituída a partir da *correspondência* que une os sujeitos no Processo. Em termos de um procedimento dialogal, poderia ser entendido como o contraditório caracterizado pela participação.

Há uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais fatores, os quais não se podem compreender separados um do outro, sendo ao mesmo tempo cada um deles

segmento abstracto em un proceso de lenguaje que despliega un gran número de juegos de lenguaje que tienen también una relación con la opción éticas. (RICOUER, Paul. **Si Mismo Como Otro**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1996. P.317)

¹⁴⁶⁷Paul Ricouer, nesse ponto, relata que os pensadores desde Platão, Aristóteles, Maquiavel, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Hegel, Marx, Tocqueville, Mill ressaltam sobre as expressões relacionadas à arbitragem e à propaganda que subsiste nos pensamentos ideológicos que manipulam os principais termos que unem e desunem a sociedade e dirigem o que se coloca como um bom governo. Isto é, os propagandistas utilizam-se daqueles termos como máxima e retiram da sociedade o poder de potência para agir e deliberar frente a eles, sendo mais do que necessário uma instância reflexiva que de vazão à deliberação daqueles termos a fim de se evitar a dominação.

irredutível ao outro, de tal modo que os elementos da relação só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam.¹⁴⁶⁸

Em seu livro *Ciência com Consciência*¹⁴⁶⁹, Edgar Morin também defende a dialética com sentido de complementariedade ao sustentar que as aporias da vida do direito implicam necessariamente que se deve conhecer a dialeticidade essencial da experiência jurídica, superando-se assim o problema paradoxal de ficar no liame do problema epistemológico. O direito <sensível> implica necessariamente em ultrapassar esse liame, sendo a Dialética o meio para tal. Morin salienta que a Dialética da Complementaridade é a única forma de se superar a polaridade da relação jurídica, apto a responder problemas relacionados à composição do direito.

Em sentido que não coaduna com a dialética dialógica que se busca demonstrar, Hegel¹⁴⁷⁰ defende a nomogênese jurídica¹⁴⁷¹ pela solução normativista integral, para quem a regra jurídica põe-se de per si, pois “o que é vale e o que vale é”, desenvolvendo-se dialeticamente o processo normativo, no qual o poder está imanente, dando preeminência ao Estado e abrindo caminho para tendências totalitárias - conforme ocorreu no marxismo. Diferente da dialética Hegeliana, a dialética Gadameriana “*constitui em um princípio no sentido que requer e implica o envolvimento do sujeito no processo do filosofar. Por isso não pode, ao final do processo, subsumir a subjetividade*”¹⁴⁷². Dessa forma, necessário estabelecer uma dialética ausente do cunho idealista, que realoque o subjetivismo e ponha o Ser ao centro e como foco da dialética. A crítica também reside em face da dialética Habermasiana, que se mostra limitada ao mundo como texto, ignorando o nível de produção do sentido voltado ao aspecto comunicativo, no qual está inserido a fenomenologia social.

Já a hermenêutica fenomênica, conforme aqui exposta, é necessária para que o paradigma teórico linguístico seja superado. Assim, a racionalidade comunicativa como crítica

¹⁴⁶⁸ REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000. P. 188-189.

¹⁴⁶⁹ REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 36.

¹⁴⁷⁰ HEGEL G.w.f. **Fenomenologia do Espírito**. Vozes: Petrópolis, 1992.

¹⁴⁷¹ A "nomogênese" jurídica pode ser compreendida como momento de um processo total, o qual, englobando objetivamente cada experiência normativa particular, dar-lhe-ia sentido concreto (concepção do tipo hegeliano, que pressupõe a objetividade de uma idéia, cujo desenvolvimento dialético daria nascimento às experiências particulares, válidas tão-sómente porque e enquanto inseridas no processo histórico total. (REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência Cultural**. São Paulo: Saraiva, 1992. P.196-198)

¹⁴⁷² ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica uma Configuração entre Amizade Aristotélica e a Dialética Dialógica*. **Revista de Filosofia Síntese**, Belo Horizonte, v. 31, n.º 100, 2004. P. 193.

à irracionalidade da filosofia pelos campos das ciências humanas - como ao pensar místico do ser (Heidegger) – não se mostra prática por carregar consigo metodologia falível ao consenso.

A verdade não é alcançada de forma metodológica, senão de forma dialética. A verdade quando posta de forma metodológica é incapaz de revelar a realidade contextual que deflagra o fenômeno conflitológico de interesses, pois o sujeito inquisitivo dirige, contra e pode manipular. Já quando posta de forma Dialética e Dialogal, a verdade funciona como antíteses do método, como meio de superar a tendência do método de estruturar o modo de ver do sujeito, pois ao conflito em causa são levantadas perguntas. Assim, o método não ultrapassa a questão sujeito objeto, ficando adstrito a questão sujeito-objeto, não sendo a expressão do conflito que a Hermenêutica fenomênica do Processo busca desvelar. O Contraditório pela Ciência Moderna Positiva do Direito pode alcançar essa verdade na medida em que vigora no processo a dialética que constrói e não somente um caminhar de método que desembocam no vazio processual.¹⁴⁷³ superando assim a ideia clássica de contraditório¹⁴⁷⁴.

Assim ocorre o desvelamento do fenômeno com a dialética dialogal construída pelo jogo processual dado pela linguagem das partes. Também, gera-se o efeito da democratização processual, pois o poder dimensionado politicamente a jurisdição pela função jurisdicional ganha com o contexto fenomênico espaço de fala exasperadora de uma ontologia fundamental o Processo, pois os cidadãos ativos adquirem junto a administração judicial um sem número de garantias constitucionais protetivas de seus direitos somado a democracia em seu exercício frente a atuação processual. O processo passa a politizar-se e redimensionar os efeitos jurisdicionais até então voltados a politização da jurisdição, agora voltada ao Processo.

Na vivência imediata do mundo, não sentimos apenas sensações ou temos contatos, como também, para manifestá-los, estamos envoltos em um verdadeiro mar de captações evidenciadas linguisticamente pela interação, denominada aqui como <dialética dialogal>. O desvelamento dos fenômenos factíveis postos aos conflitos de interesse se enlaçam em plexo contextual quando da reflexão hermenêutica, que ocorre por meio da dialética posta ao diálogo, a qual supera os *sofismos* e estabelece-se via autêntica conversação dialética, cujo desenrolar

¹⁴⁷³ El objetivo de la dialéctica es eminentemente fenomenológico que el ser o la cosa con la que nos encontramos Se nos revele. El método implica un determinado tipo de Cuestionamiento que expone un aspecto de una cosa. Una hermenéutica dialéctica se expone a ser interrogada por el ser de la cosa, de tal forma que la cosa encontrada pueda revelarse en su ser. (PALMER, Richard. E. *¿Qué es la Hermenéutica?*. Madrid: Arco, 2002. p. 236-237)

¹⁴⁷⁴Podemos falar, de novo de um princípio do contraditório; mas, com a expressão “princípio” aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais dos ordenamentos positivos. O princípio do contraditório representa, acima de tudo, uma daquelas *regulae iuris* recolhidas no último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a interpretativo baseada sobre a equidade.¹⁴⁷⁴ Estamos, com toda a probabilidade, nas matrizes da noção do “justo processo”. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P.142)

dá-se pelo ambiente profícuo de <jogo> na busca da elucidação das pretensões colocadas em causa pelas partes a partir do fenômeno conflitológico de interesses. Pelo dito, observa-se que se parte do princípio que somente por meio da dialética posta ao diálogo, por via da reflexão hermenêutica, ocorre a autentica elucidação dos fatos que incidirá no desvelar da resposta processual que atenda de maneira sublimar o fato conflituoso. Para se chegar a essa dialética, o fenômeno conflitológico de interesses necessita dos meios adequados para que o jogo seja estabelecido; ou seja, necessita ao ser reconhecimento da sua capacidade de reflexão e *ser a ele outorgada a voz necessária para que a interação com o outro supere as vicissitudes existenciais e encontre no diálogo a construção do ser-aí.*

La comprensión en las humanidades toma por contexto la «experiencia vivida» y la comprensión que no tiene relación con la experiencia vivida no es adecuada para los estudios humanos (*Geisteswissenschaften*). Un acercamiento interpretativo que ignora la historicidad de la experiencia vivida y aplica categorías intemporales a los objetos históricos sólo puede afirmar ser «objetiva» con ironía, ya que desde el principio ha distorsionado el fenómeno.¹⁴⁷⁵

Tal qual afirmado sobre a necessidade contingencial de se repensar e reformular a Democracia, vemos que na base dialogal expressa pela dialética é explanado que as relações de poder residem no ponto em que uma parte não é escutada e a outra tem a dificuldade de reconhecer o sentido *humano* no outro. Por isso aqui se deixa claro e importante a necessidade de que em uma reação dialogal – paradoxalmente a Democracia – seja realizada um *diálogo* constante entre Governo e Cidadão; assim como posto paradoxalmente em termos processuais é necessário entre as partes que compõem a lide processual haver o diálogo, senão subsiste a relação de poder de um homem sobre o outro e a dialética resta viciada.^{1476, 1477} Em âmbito

¹⁴⁷⁵PALMER, Richard. **Qué es la Hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. P. 167.

¹⁴⁷⁶ El reconocimiento de la autoridad está siempre relacionado con la idea de que lo que dice la autoridad no es irracional ni arbitrario, sino que em principio puede ser reconocido como cierto. En esto consiste la esencia de la autoridad que conviene al educador, al superior, al especialista. Es verdad que los prejuicios que ellos implantan están legitimados por la persona, y que su validez requiere una inclinación em favor de la persona que los representa. Pero precisamente así es como se convierten em prejuicios objetivos, pues operan la misma inclinación hacia la cosa, y esta inclinación puede producirse también por otros caminos, por ejemplo, por motivos aducidos por la razón. Em esta medida la esencia de la autoridad debe tratarse em el contexto de una teoría de los prejuicios que busque liberarse de los extremismos de la ilustración. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Metodo**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. P. 348)

¹⁴⁷⁷ Resulta, pois, que a teoria geral do processo, referindo-se embora a todos quatro institutos fundamentais do direito processual, recebe uma limitação que muito mais se associa a um deles do que aos demais (a jurisdição, que é indicada como um dos institutos básicos do direito processual... jurisdiccional, constitui manifestação do poder, que é conceito bem mais amplo). Onde há o exercício do poder, mediante a realização de um procedimento, há sempre também a sujeição de alguma pessoa: sujeição ao processo mesmo, que ela não pode evitar (litispendência, inevitabilidade do poder), sujeição às diversas manifestações do poder em atos específicos inerentes aos processo (inclusive, constrições), sujeição à eficácia do ato final preparado mediante o procedimento. A sujeição é o contraposto negativo do poder e sem ela sequer haveria espaço lógico para conceber-se o exercício deste. Ora, constitui máxima democrática a limitação do poder e da sujeição, como culto ao valor liberdade,

Processual, ainda, o diálogo mal composto entre o Estado Juiz e as partes causam decisões marcadas pelos fenômenos saturados, que se perfazem em decisões jurídicas vazias da realidade posta.

Neste sentido, a função jurisdicional acolhida pela *auctoritas* (pois, *sem tal autoridade resulta impossível a tarefa de dirimir o processo*)¹⁴⁷⁸ delimitada ela pela Administração da Justiça, a qual partilha sua *potestas* nas funções processuais das partes lhes dando o governo do processo, afirma que a decisão, para ser legítima, deve ser fruto de um procedimento que realmente *permita a participação em contraditório*. É a participação das partes como governadoras e regentes do processo que, vem a legitimar o ato de poder que se concretiza com o provimento jurisdicional. A legitimação do exercício da jurisdição depende da efetividade do contraditório. Frente à colaboração reativa (poder de reação das partes)¹⁴⁷⁹ o Estado-Juiz, pela dimensão da Constitucionalização do Processo, participa junto com as partes da Dialética Processual Dialogal, havendo dever de reciprocidade de diálogo entre todos aqueles que compõem o Processo^{1480, 1481}

inerente ao Estado de Direito. E assim, não sendo legítimo o exercício indiscriminado do poder (porque não é absoluto), têm-se garantias da participação daquele que está em estado de sujeição e da observância dos modelos das atividades a serem desenvolvidas pelos agentes estatais. O contraditório e o procedimento, portanto, que até se poderiam conceber fora dos limites das atividades inerentes ao exercício do poder, no contexto desse exercício é que assumem significado relevante: é para assegurar a participação e conter as tendências ao abuso do poder, que os procedimentos são definidos em lei e exigidos nos casos concretos. Daí, a dialética que se tem nos procedimentos que canalizam o poder, especialmente nos jurisdicionais, onde a existência de partes contrapostas e sujeitas ao juiz imparcial evidencia com extrema clareza os pólos das teses e antíteses, em convergência à síntese imperativa (DINAMARCO, Cândido R. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 95)

¹⁴⁷⁸MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 172-173.

¹⁴⁷⁹Delle due l'una: o si esclude che la parte e il giudice possano far evolvere un fatto avventizio in moyen, in strumento di decisione, a fase di tratta zione chiusa, o si riconosce la necessità di consentire il libero esercizio del potere di reazione. La possibilità di esercizio del potere di reazione della parte all'intervento del giudice nella costruzione dell'edificio del fatto non può quindi essere condizionata ad una valutazione discrezionale del giudice, essendo, al contrario, l'intervento del giudice ad essere condizionato alla possibilità di esercizio del potere di reazione della parte. L'esercizio del potere di reazione deve essere libero, cioè la parte deve poter allegare e provare non soltanto i fatti ostativi a quelli valorizzati dalla parte o dal giudice, ma anche i fatti concorrenti a quelli già posti a fondamento della propria linea difensiva. Il richiamo, quindi, all'istituto della rimessione in termini vale sol tanto come indicazione della possibilità tecnica del processo di contenere i nuovi fatti, frutto dell'esercizio del potere di reazione della parte. (BUONCRISTIANI, Dino. **L'allegazione dei Fatti nel Processo Civile: Profili Sistemati**. Torino: G. Giappichelli Editore. P. 243-244)

¹⁴⁸⁰Essas características imprimidas pela sociedade no Estado através da Constituição evidentemente acabam repercutindo na posição ocupada pelo juiz no processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um ponto de equilíbrio na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo." (MITIDIEIRO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 71 e 79-84)

¹⁴⁸¹La democrazia consiste in un método di formazione delle decisioni pubbliche: precisamente, nell'insieme delle regole che attribuiscono al popolo, o meglio alla maggioranza dei suoi membri, il potere, diretto o tramite rappresentanti, di assumere tali decisioni. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. Bari : Editori Laterza. 2007. P. 5)

Por isso afirmar que “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.”¹⁴⁸²

La estructura yo-tú sugiere una relación de diálogo o dialéctica. Se dirige una pregunta al texto y, en sentido más profundo, el texto dirige una pregunta a su intérprete. La estructura dialéctica de la experiencia en general, y de la experiencia hermenéutica en particular, se refleja en la estructura pregunta-respuesta de todo diálogo verdadero. Pero hay que recelar de concebir la dialéctica en términos de Persona a persona en lugar de en términos del tema. La importancia del tema en el diálogo surgirá en el análisis Subsiguiente del cuestionamiento.¹⁴⁸³

Assim, como o Processo não se trata apenas da análise dos fatos postos em causa, mas sim da construção da existência humana das partes quando do desacordo – consideradas todas as cargas interpretativas possíveis –, a dialética por via dos jogos de perguntas e respostas é capaz de trazer uma nova realidade, pois “*la dialéctica de la pregunta y la respuesta lleva a cabo una fusión de horizontes*”¹⁴⁸⁴. Essa via não tenta derrotar a outra pessoa, mas sim testa suas afirmações ante o tema, superando a visão de tentar enfraquecer as afirmações do outro, mas sim buscar torná-las *mais fortes* para que o tema em questão debatido ganhe mais força, pois somente compreendemos o que é *fato* se vamos além do horizonte de interrogação que engloba outras respostas possíveis. Podemos chamar isso de *interpretação humanística dos textos*¹⁴⁸⁵.

No (caminhar para) ser superada uma forma de Democracia baseada somente no numerário voto (no qual o indivíduo é figurante apenas como cidadão ativo, o adjetivo de participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção e (re)qualificação do povo, para além de mero ícone^{1486, 1487}), unida ao acesso à Jurisdição, tem no Processo voz para estabelecer-se por meio de <jogo normativo> sensível e aberto junto a regras e princípios que fazem com que o sistema jurídico observe esses contextos. O caráter transformador tem como deslinde um Estado Ativo e tem como *extremo* a democracia participativa, haja vista a

¹⁴⁸²PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 142.

¹⁴⁸³PALMER, Richard. **Qué es la Hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. P. 282.

¹⁴⁸⁴PALMER, Richard. **Qué es la Hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. P. 286.

¹⁴⁸⁵PALMER, Richard. E. **Hermeneutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. P. 201-204.

¹⁴⁸⁶RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 100.

¹⁴⁸⁷MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. A questão fundamental da Democracia. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.; BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Terra e Paz, 1997.; BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

falha proporcionada, ou melhor, imposta pelos meandros da “democracia representatividade”¹⁴⁸⁸.

O conteúdo social deve permanecer indeterminado, até porque a própria condição que dá vida à indeterminação é a Democracia Participativa. Unicamente o reconhecimento da comunidade política e seus poderes - um deles o direito - como arquiteto de Leis, Normas e Ditados revela-se na própria negação de uma Democracia.

Após a conquista do sufrágio universal, se ainda é possível falar de uma extensão do processo de democratização, esta deveria revelar-se não tanto na passagem da democracia representativa para a democracia direta, como habitualmente se afirma, quanto na passagem da democracia política para a democracia social — não tanto na resposta à pergunta "Quem vota?", mas na resposta a esta outra pergunta: "Onde se vota?" **Em outros termos, quando se quer saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito.**¹⁴⁸⁹ (g.n)

O fenômeno conflitual visto de forma positiva conquista possibilita um jogo dialético-dialogal constituído pela flexibilidade Dialética Processual Dialogal distinta e mais densa para com as necessidades de uma sociedade evanescente, pois essa filosofia prática exercida ao processo civil perpassa o sentido Democrático do debate, fracionando-o e explorando-o de forma translúcida e educativa. A democracia participativa coabita para com as reformulações de uma democracia representativa cheia de falhas e de formações amorais, anormais, irracionais.^{1490, 1491}

¹⁴⁸⁸Os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardam, uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista em que a democracia moderna transformou-se. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Democracia Moderna e Processo Civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 106)

¹⁴⁸⁹BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Terra e Paz, 1997 P. 27 e 28.

¹⁴⁹⁰Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública. (PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 94.

¹⁴⁹¹*Todo esto conduce con frecuencia a conflictos, pues no es posible sin el poder de hombres sobre hombres*. Tal es el problema político. La organización de un Estado es impensable sin el ejercicio de poder de unos hombres sobre otros, y el horror, la verdadera dialéctica del poder consiste en que precisamente todo control del poder engendra nuevo poder, incluso cuando en el arte moderno altamente desarrollado del equilibrio de poderes, la conocida lección de Montesquieu de la separación del ejecutivo y el legislativo, de algún modo pone, en obra un cierto equilibrio y un cierto control del poder. Esta es la idea básica del moderno Estado constitucional. Pero no

Para uma dialética processual envolta pelo diálogo e que logre resultado com efeitos esperados no que toca à linguagem, o diálogo, longe de se contrapor, necessita ser construído e complementado. A experiência jurídica posta como fenômeno dialético corresponde à fonte catalisadora da realidade social e matriz orientadora para a criação do direito e suas pulsações são denotadas através da realidade social agem como estímulo e desestímulo como fonte geradora de soluções normativas e valores jurídicos, sendo ela mesma uma *constante dialética de fatos novos e velhos numa constante catarse*.¹⁴⁹² Para o Processo, a experiência jurídica é a fonte onde desemboca o Conflito e onde o fenômeno é *triado e analisado* - aperfeiçoada sob a ótica da hermenêutica jurídica de cunho filosófico. Essa análise é decomposta em procedimentos previamente postos pela Jurisdição, que visam criar caráter de homogeneidade nas relações jurídicas as que desenrolam em seu âmago.

O que se quer é apontar as falhas quanto à dialética tradicional processual civil, posto que a dialética dialogal está presente tanto no nível de produção de normas, no nível da experiência jurídica e no nível do diálogo. A dialética processual dialogal é fundamental para chegar-se a síntese do que se busca por via de uma resposta judicial em que ausente caráter de totalitarismo do poder ou qualquer manifestação de ausência da exposição plena do conflito, assim como com a presença igualitária entre as partes de todos os pressupostos que necessitam para de plena maneira seja realizada a análise de suas pretensões. Apresenta-se desta forma paridade dentro do jogo que se constrói no processo.

A colaboração reativa constitui-se em um princípio contraditório constitucionalizado como “*principio fundamental, su fuerza motriz, su garantia suprema*”¹⁴⁹³ que instrumentaliza-se como atividade operativa do Estado-Juiz, sendo que tal principio passa a ser um momento fundamental para o Processo, tornando o fenomeno conflitológico de interesses o centro do fenômeno processual¹⁴⁹⁴.

hay que olvidar nunca que aquel poder que controla es, por sí mismo, en el interior del orden de la Constitución, una nueva posible prepotencia. Y esto pertenece a la misma naturaleza de la ley. (GADAMER, Hans Georg. **Elogio de La Teoria**: Discursos y artículos. Barcelona: Península, 1993. P. 71-72)

¹⁴⁹² En un ordenamiento democrático, la ley expresa (o debería expresar) una exigencia popular que vive en la conciencia de todos los integrantes de la sociedad, por lo tanto, la salvación de los regímenes democráticos radica en la circunstancia de que para hacer vivir una democracia no es suficiente la razón codificada por los preceptos de una Constitución Democrática, sino que se requiere detrás de la Ley Fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se predenta y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 56 e 86-87)

¹⁴⁹³CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 148.

¹⁴⁹⁴DOTTI, Federica. **Diritti dela difesa e contraddittorio**: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale.Roma: Pontificia Universitate Gregoriana, 2005. P. 189.

O direito contemporâneo dimensiona seu perfil apregoado ao interrogar-se formando um jogo de perguntas e respostas constante e dinâmico. Tem como marco esse perfil interrogatório que acaba constituindo-se em uma dialética-dialogal posta ao jogo hermenêutico processual que se fundamentem uma democracia participativa constitutiva de uma cidadania ativa que é baseada na dignidade, evidenciando um importante equilíbrio das funções processuais calcada no reconhecimento e emancipação dos sujeitos. Incidem essas manifestações junto ao princípio dispositivo constitucional e ao princípio do contraditório constitucionalizado, os quais evidenciam as prospecções de uma Nova onda Renovatória do Processo.

Portanto a sucessão dialética-dialogal¹⁴⁹⁵ de atos operacionalizados e juridicamente regulados constituem-se, ou melhor, constroem-se o Processo que absorve a complexidade e a dinamicidade da existência e dinamiza-se, politizando-se e democratizando-se, forma-se e constitui de tal modo o desenvolvimento do Processo em um jogo dialético-dialogal conduzida pela colaboração reativa, deslegitimando a decisão judicial politizada pela Jurisdição e politizando o Processo pela governança das partes.

A fundamentação da decisão dialeticamente desenvolvida pelo debate processual é garantida pelas partes no tocante a governança processual dos cidadãos ativos junto a *potestas*, a qual é legitimadora da função jurisdicional pela *auctoritas*. De tal maneira pode-se modificar o objeto litigioso via interpretação do direito, e deve essa mutabilidade ser justificada no tocante ao desvelamento do fenômeno posto a garantia do contraditório.^{1496, 1497}

¹⁴⁹⁵Indudablemente han sido muy útiles los estudios sobre la tónica, la retórica y la dialéctica de la Antigüedad Clásica por que han contribuido a iluminar en detalle y a poner de manifiesto un tipo ejemplar de pensamiento jurídico, que tiene máxima importancia y sumo relieve, lo mismo en las funciones del legislador que en las funciones del Juez. (SICHES, Luis Recanséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. 2ª ed. México: Porrúa, 1973. P. 289)

¹⁴⁹⁶L'exercice du principe du contradictoire permet l'équilibre dans la délimitation de la matière litigieuse, il s'articule autour du droit de savoir et du devoir de communiquer. De manière sous-jacente nous avons également relevé que le principe d'initiative et le contradictoire entretenaient des relations privilégiées. La contradiction est nécessaire pour que les parties puissent remplir leur office. Cette nouvelle approche du principe dispositif a donc permis de proposer des prémices de réflexion sur les relations qu'entretiennent les différents principes directeurs du procès. Le renouvellement de l'analyse du principe dispositif repose donc sur l'idée que les parties délimitent leur litige par la formulation des demandes contenues dans les actes de procédure. Plus précisément, l'office des parties est de délimiter un litige par la formulation des demandes contenues dans les actes de procédure. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.85-86)

¹⁴⁹⁷L'allegazione dei fatti nel processo può pertanto apparire come una dichiarazione imperativa o normativa o di volontà (Willenserklärung), in grado di obbligare il giudice a pronunciarsi su di essa e soltanto su di essa; ovvero può ricostruirsi come una mera dichiarazione di scienza (Wissens - erklärung), senza alcun effetto imperativo sul giudice; ovvero ancora l'allegazione dei fatti, intesa come dichiarazione cosciente circa l'esistenza di un fatto, può ritenersi non indispensabile, in quanto il giudice può rilevare un fatto non indicato dalle parti anche dagli atti di causa e utilizzarlo ai fini della decisione. La soluzione di questi problemi implica una corretta impostazione del rapporto tra realtà sostanziale e processo, nonché del rapporto tra i poteri del giudice e quelli delle parti, nel rispetto del diritto di azione e di difesa, del principio del contraddittorio e del principio di eguaglianza, del principio di

imparzialità del giudice, nonché delle esigenze di economia processuale e di lealtà e correttezza nel comportamento processuale. È per questo che, nel linguaggio giuridico, per definire l'atto di introduzione del fatto storico nel processo, si usa il termine ambivalente di «allegazione», cioè un termine che consente la presenza di idee ed atteggiamenti diversi e talora opposti, a seconda dell'impostazione che si dia al rapporto tra realtà sostanziale e processo e al rapporto tra poteri del giudice e poteri delle parti. L'allegazione è infatti definita come «l'atto processuale con cui chi agisce (o resiste) in giudizio afferma (oppure nega) la sussistenza di determinati fatti concreti, prospettati od esposti a fondamento di una domanda o di un'eccezione, quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato». Inoltre si afferma che il contenuto di tale atto viene a «modellarsi in coerenza con l'oggetto della prova» e si aggiunge il riferimento alla domanda ed all'eccezione come «costante strutturale correlata, se non altro funzionalmente, all'individuazione della causa petendi (vel excipiendi)». In tal modo si mantiene l'intima connessione delle quattro descritte operazioni, che si compiono intorno al fatto, e si introducono, come termini di raffronto dell'allegazione, la domanda e l'eccezione, o meglio la causa petendi vel excipiendi rispettivamente della domanda e dell'eccezione, da una parte, e le regole sulla trattazione della causa e dell'istruzione probatoria, dall'altra parte. Anzi, poiché la proposizione della domanda, così come di alcune eccezioni, è rimessa alla volontà della parte, innanzitutto si rapporta l'allegazione dei fatti al principio dispositivo, per cui spetta alla parte non soltanto decidere se richiedere la tutela, formulando la domanda, ovvero decidere se difendersi, proponendo eccezioni, ma, quando oggetto del contendere è una situazione giuridica disponibile, spetta alla parte anche delimitare in fatto l'ambito di cognizione del giudice. Pertanto, l'analisi dell'allegazione dei fatti dovrà tener conto del principio della domanda, del principio dispositivo e del principio di trattazione (*Verhandlungsmaxime*), unitamente alla previsione di preclusioni iniziali nell'allegazione dei fatti. Parimenti dovrà essere tenuto conto dell'interferenza tra l'allegazione dei fatti e il principio di imparzialità ed equidistanza del giudice, che ha come corollario il divieto di utilizzo della propria scienza privata; il principio di acquisizione, in forza del quale le risultanze istruttorie divengono comuni ad entrambe le parti e al giudice stesso, principio che è incerto se valga anche con riferimento al *thema probandum*, cioè ai fatti in qualsiasi modo e da qualsiasi parte introdotti nel processo; il principio di economia processuale; il principio del contraddittorio, unitamente al diritto di difesa dei contendenti. Inoltre va segnalato che la correlazione che si instaura tra allegazione e domanda potrebbe incidere sull'ampiezza dell'oggetto del giudizio, sulla portata del giudicato e sulla possibilità di modificare la domanda. [...] Ciò che rileva è la capacità contenutistica del giudizio e la struttura dialettica del processo, tenendo conto della necessità di garantire il diritto di difesa alla parte sia nei confronti della controparte sia nei confronti del giudice. Occorre tener conto di come è strutturato il giudizio. In particolare rileva: a) l'eventuale suddivisione in fasi del processo; b) la tecnica procedimentale di ciascuna fase; c) la possibilità di riaprire una fase già chiusa. Nell'ipotesi che sia prevista una fase del processo per l'allegazione dei fatti, occorre innanzitutto verificare come avviene la fissazione del *thema probandum* e *decidendum*. Occorre, cioè, accertare se le regole del processo consentono o meno la massima utilizzazione possibile della dinamica del contraddittorio per la delimitazione del *thema probandum* e *decidendum*. Soltanto se è possibile dare una risposta positiva a tale interrogativo, si può consentire al giudice di rilevare d'ufficio dagli atti di causa fatti non espressamente utilizzati dalle parti. In caso contrario, questa potestà del giudice deve essere esclusa. Massima utilizzazione possibile della dinamica del contraddittorio significa che: 1) il contraddittorio deve svolgersi liberamente, cioè con la possibilità di allegare anche fatti concorrenti a quelli già allegati, e non già in maniera predeterminata secondo il criterio della dipendenza, cioè con la possibilità di allegare unicamente fatti consequenziali a quelli allegati da contro parte, e quindi volti a contrastarne validità e rilevanza. Così deve accertarsi, guardando alle regole del processo, se, a fronte delle difese del convenuto, l'attore possa mutare il profilo costitutivo del diritto controverso o possa soltanto allegare fatti ostativi alle eccezioni proposte dal convenuto. Parimenti, occorre accertare se il convenuto, di fronte alle repliche dell'attore, possa alle gare nuove eccezioni ovvero possa soltanto allegare fatti che contraddicono quelli da ultimo introdotti dall'attore. In caso di risposta negativa, vorrà dire che il processo si presenta come «giudizio su una serie di fatti». Il giudice non può alterare questo modo di funzionamento del processo, rilevando d'ufficio un fatto non utilizzato dalle parti, in quanto, così operando, romperebbe l'ingranaggio della dipendenza che regge la fase di trattazione e che riguarda unicamente la dialettica tra le parti; 2) il rispetto del contraddittorio deve riguardare anche il giudice, il quale è obbligato a sottoporre all'attenzione delle parti un fatto non considerato dalle parti ma versato in causa, nonché una diversa impostazione in diritto dell'oggetto del contendere, tale da implicare la rilevanza di fatti diversi da quelli considerati dalle parti nell'impostazione della propria linea di difesa. Le parti devono poter liberamente replicare, nel senso sopra visto, cioè con la possibilità di allegare e provare non soltanto fatti ostativi al rilievo officioso del giudice, ma anche fatti concorrenti a quelli già allegati, con l'unico limite di non mutare la situazione giuridica controversa. Qualora non sia previsto quest'obbligo e non sia consentito alle parti di liberamente replicare, deve escludersi la possibilità di rilievo officioso di un fatto da parte del giudice. Il rispetto del principio del contraddittorio da parte del giudice fa da contrappeso ai riconosciuti poteri di intervento nella raccolta del materiale di fatto (*Sammlung des Prozessstoffs*). In sintesi, se la fase di trattazione è a contraddittorio libero, non si ha una delimitazione del *thema decidendum* ad una questione giuridica fattuale, essendo viceversa interessata dal giudizio l'intera situazione sostanziale; ne consegue che non ci sarà una

La dialettica processuale risulta, pertanto, *fonte di diritto*; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionale anche, e soprattutto, *ala*

modificazione dell'oggetto del contendere e il giudice non andrà extra petita, in caso di rilievo d'ufficio di fatti rilevanti per la decisione (non soltanto impeditivi, modificativi ed estintivi, ma anche costitutivi, purché non individuatori del diritto) non utilizzati dalle parti. A questo punto, occorre però accertare se tale possibilità di rilievo non è impedita da particolari norme (come in caso di eccezioni in senso stretto) non che occorre accertare se il giudice è tenuto a sottoporre al contraddittorio delle parti il fatto rilevato d'ufficio, in modo che le stesse possano controdedurre liberamente in fatto (cioè allegando anche fatti concorrenti a quelli già utilizzati) e in diritto. Questo per quanto riguarda la fase di trattazione. Occorre, infatti, distinguere quanto può avvenire nella fase di trattazione e quanto può succedere nella successiva fase di istruzione ovvero in quella di decisione. [...] La prima conseguenza della previsione di quest'onere di allegazione dei fatti è che il giudice non è tenuto a procedere d'ufficio a una ricerca dei fatti e una sentenza va esente da censure se il giudice non prende iniziative per chiarire e/o completare l'edificio fattuale della controversia. Bisogna, però, vedere se il giudice, benché non obbligato, possa intervenire sulla ricostruzione dei fatti rilevanti per decidere la causa. A tal proposito rilevano tre possibili attività: a) possibilità di provocare l'introduzione di fatti; b) possibilità di rilevare e utilizzare fatti introdotti dalle parti, ma ignorati dalle stesse (ad es., fatto emergente da un documento) ovvero indicati nell'esposizione, ma senza attribuirvi alcun significato giuridico, alcuna rilevanza ai fini della decisione della lite; c) possibilità di rilevare e utilizzare fatti non introdotti dalle parti, ma emergenti dalle risultanze istruttorie (ad es., difetti di costruzione di immobile, indicati dal nominato consulente tecnico d'ufficio). Queste possibili iniziative del giudice nella costruzione dell'edificio di fatto della controversia vanno colate nella struttura del processo e, in particolare, verificate in base a come è disciplinata l'attività di allegazione dei fatti nella dialettica del contraddittorio. Le parti devono essere poste in grado di controllare l'operato del giudice (o della controparte) e di poter liberamente controdedurre e provare. Iniziamo dalla prima attività: possibilità di provocare l'introduzione di fatti. Ebbene, l'art. 8 n.c.p.c. prevede che il giudice «può invitare le parti a fornire le spiegazioni di fatto che ritiene necessarie per la soluzione della lite». Questa norma ha però più che altro un interesse teorico, in quanto nella prassi non si fa largo ricorso all'interrogatorio delle parti, che è una semplice facoltà «lasciata alla prudenza dei magistrati che apprezzano l'opportunità di farne uso secondo le circostanze della causa». Comunque, l'interrogatorio delle parti potrebbe essere utilizzato in funzione maieutica, cioè stimolando o provocando le parti a completare l'allegazione dei fatti 76. In tal modo il giudice potrebbe rendere giudiziale una conoscenza personale di fatti rilevanti per la decisione. Si noti che il nostro codice, proprio in considerazione di questo rischio, espressamente prevede all'art. 183, terzo comma, che le richieste di chiarimento fatte dal giudice alle parti devono avvenire «sulla base dei fatti allegati». La provocazione, però, può rimanere senza effetto: le parti possono non rispondere al suggerimento del giudice e così non ampliare la materia di cognizione. Ancora. La possibilità di provocare l'introduzione di fatti si lega alle iniziative istruttorie d'ufficio. Ad esempio, l'art. 213 n.c.p.c. autorizza il giudice a «sentire o interrogare i testimoni su tutti i fatti la cui prova è ammessa dalla legge, quando - d'anche questi fatti non siano indicati nella decisione che prescrive la prova testimoniale», mentre l'art. 218 n.c.p.c. consente al giudice di convocare o sentire anche d'ufficio «ogni persona la cui audizione gli sembri utile alla manifestazione della verità». Di fatto queste norme sono disapplicate, in quanto la prova testimoniale è sostituita dall'uso delle attestazioni, che sono dei documenti datati e sottoscritti dal loro autore, contenenti la descrizione dei fatti, ai quali l'autore ha assistito o che ha personalmente constatato (art. 200-203 N.C.P.C.). Al contrario riveste importante rilevanza pratica l'istituto della consulenza tecnica, attraverso la quale possono entrare in causa molte circostanze prima sconosciute anche alle stesse parti, come, ad es., i vizi di costruzione di un edificio. A questo punto il problema è quello di stabilire se questi fatti, acquisiti al processo senza o addirittura contro la volontà della parte, possono essere utilizzati dal giudice ai fini della decisione. Parimenti per quanto riguarda i fatti introdotti dalle parti, ma ignorati dalle stesse (ad es., fatto emergente da un documento) ovvero indicati nell'esposizione, ma senza attribuirvi alcun significato giuridico, alcuna rilevanza ai fini della decisione della lite. Ebbene, a norma dell'art. 7 n.c.p.c. «le juges ne peuvent fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. / Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions», vale a dire il giudice non può fondare la sua decisione su dei fatti che non sono nel dibattito; tra gli elementi del dibattito, il giudice può prendere in considerazione anche i fatti che le parti non abbiano espressamente invocato a sostegno delle loro pretese. Quindi, primo limite all'attività del giudice è che i fatti siano nel dibattito. Viene così affermato il tradizionale divieto di utilizzo della propriascienza privata. Pertanto il giudice non può fondare la sentenza su elementi di fatto tratti da «investigazioni personali compiute al di fuori dell'udienza» né può decidere «sulla base della conoscenza personale che abbia acquisito dei fatti della lite». Rimane, però, da definire, in positivo, il termine «dibattimento». (BUONCRISTIANI, Dino. **L'allegazione dei Fatti nel Processo Civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. P. 2-4; 134-136 e 206-207)

determinazione della norma della norma giuridica pre-posta al caso in giudizio (tanto da non rappresentare *il processo negli angusti spazi dall'applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che proprio nel processo, caratterizzato dall'incedere dialettico*, non solo si scorga e si individui la norma regolatrice, ma anche che nello stesso processo, *in grazie all'attività dialética delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, ovvero creata.*¹⁴⁹⁸ (sublinhe-se)

Resta claro a possibilidade de criação do direito pela norma individual pela compreensão hermenêutica posta ao desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses.¹⁴⁹⁹

O processo como procedimento em contraditório: uma ideia simples e genial, que afasta do velho e inadequado cliché panteístico da relação jurídica processual, esquema estático que leva em conta a realidade, mas ao a explica. O contraditório, *como estrutura dialética do processo*, que comprova a autonomia deste em relação a seu resultado, porque ele (o contraditório) existe e se desenvolve, ainda que ao advenha de medida jurisdicional e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento jurisdicional devem no caso concreto, ser emitido ou recusado.¹⁵⁰⁰ (g.n)

O Processo reconfigurador do princípio dispositivo e do princípio contraditório, ambos Constitucionalizados, acabam por oportunizar um jogo dialético-dialogal processual em <<*una efectiva corrispondenza ed equivalenza tra i vari partecipanti, realizzata attraverso la distribuzione di posizioni simmetricamente uguali e mutuamente implicite tra loro*>>.¹⁵⁰¹

Em suma, é o agir em colaboração reativa para alcançar uma decisão judicial que venha a constituir uma Democracia Participativa com um debate processual composto junto à função processual exercida por partes aderidas a cidadania ativa. A participação do espírito do cidadão ativo pela busca da tutela jurídica “... *dei nuovi diritti sta proprio um questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre società, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare*

¹⁴⁹⁸MORO, Paolo (Org.). **II Diritto come Processo**: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. P. 92.

¹⁴⁹⁹No quadro das recentes orientações que tendem à revalorização da retórica,(1) Giuliani (2) tem o mérito de haver tentado recuperar a especificidade dos problemas do processo, ligando-o às técnicas de uma razão social, dialética e justificativa. Neste quadro, o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de operação do juiz (3) e, assim, um momento fundamental do juízo. Enquanto alguns procedimentos são expressões de uma razão calculante como tais ainda formalizáveis (pense-se em algumas técnicas de automação aplicadas à Administração Pública), o processo (quanto menos no seu momento fundamental: o juízo) obedece a uma lógica diversa, a técnicas argumentativas e justificativas. Uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração das partes. Estamos no âmbito de uma lógica, não do necessário e do inevitável, mas do provável e do razoável. Quando tratamos de situações conflituais, é possíveis apenas individualizar as estradas irreconhecíveis da investigação em termos negativos. O juiz tem a tarefa de selecionar as argumentações errôneas. A patologia da argumentação permite-nos penetrar tanto na dimensão lógica quanto na dimensão ética do processo: o sofisma não é somente um erro lógico, mas também um ato injusto. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 143-143)

¹⁵⁰⁰FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006. P. 5.

¹⁵⁰¹DOTTI, Federica. **Diritti della difesa e contraddittorio**: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 2005. P. 189.

compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di sopra degli altri pubblici poteri.”¹⁵⁰²

O contraditório projeta-se no ambiente da democracia participativa, pois tem estrutura que consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final (decisão judicial) no respeito da “*simétrica paridade de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspicuo ou modesto, de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros*” dentro do processo.¹⁵⁰³ Mesmo variando no tempo e espaço, o que constitui estrutura do processo é a ordem dialética, tanto o processo judicial quanto o processo dialético aparecem, dessa forma, unidos por um vínculo profundo, onde à verdade se chega por oposições e por refutações; por tese, por antítese e por síntese.¹⁵⁰⁴

O contraditório constitucionalizado desempenha mesma vinculação entre princípio dispositivo e com o princípio da iniciativa. O princípio dispositivo no campo do Processo Civil amplia seus horizontes pelo princípio da iniciativa, que serve de fundamento não só para as cargas, ofícios e deveres processuais das partes, mas também das exigências das demandas procedimentais, das demandas que visam assegurar a regularidade da instância. Ambos princípios não podem ser confundidos, mas estão intimamente vinculados.

Portanto, o princípio da iniciativa deve ser respeitado para que o princípio dispositivo faça sentido no sistema jurídico atual. A relevância do princípio da iniciativa faz com que venha a ser concretizado o princípio dispositivo no tocante a manifestação do objeto processual e do objeto do debate processual; já o princípio contraditório constitucionalizado garante a dialética das partes em colaboração reativa, vinculando um debate pelo dever de comunicação dos atos processuais e pelo direito de conhecimento das exposições e alegações. A ressignificação do princípio dispositivo permite destacar um novo princípio, o da unidade do litígio, princípio este

¹⁵⁰²DENTI, Vittorio. **Giustizia e Partecipazione dei Nuovi Diritti**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 19.

¹⁵⁰³FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006. P. 119-120.

¹⁵⁰⁴As formas processuais variam no tempo e no espaço, que seja sob o aspecto de método escrito ou de método oral; quer seja sob a forma de princípio requisitório ou dispositivo; quer seja sob forma de processo público ou privado, etc. mas nessas formas, variando no tempo e espaço, o que constitui estrutura do processo é a ordem dialética. O processo judicial e o processo dialético aparecem, dessa forma, diante de nós, unidos por um vínculo profundo à verdade se chega por oposições e por refutações; por tese, por antítese e por síntese. A justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos chegar à verdade. O fluir eterno, dizia Hegel, obedece à dialética; se põe, se opõe e se compõe em um ciclo que pressupõe um início que apenas o alcança no fim. “O todo e suas partes” – diz o filósofo – “integram-se reciprocamente no imenso torvelino; fora dele tudo perde impulso e vida. Nada é instável. Permanente é somente torvelino”. Mas o debate por si mesmo não tem sentido. O processo, se tem uma estrutura dialética, é porque graças a ela procura-se a obtenção de um fim. Toda a ideia de processo é essencialmente teleológica enquanto aponta para um fim. (COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: Discurso, ensaios e conferências. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. P. 43-44)

que permite compreender a extensão, mas também os limites dos ofícios, cargas e deveres das partes.

O fundamento da colaboração reativa no tocante as demandas permitem a compreensão via interpretação normativa, pois na atualidade amplia a compreensão hermenêutica de texto e contexto justificando-se assim em demandas virtuais, estas apregoadas ao objeto do processo substancial em situações jurídicas subjetivas. Por conseguinte, a missão em perspectiva do objeto do princípio dispositivo possibilitou a ressignificação das funções e estruturas das partes via suas cargas processuais, seus deveres e seus ofícios no que diz respeito a lide.¹⁵⁰⁵

De todo exposto, o princípio contraditório constitucionalizado adere ao contexto social, de maneira que o objeto do processo é reconstruído e substancializado pelo objeto do debate processual e pelos atos processuais que passam a ser redimensionados pela contradição. As manifestações e alegações processuais passam por um amplo debate produzido pelo jogo dialético-dialogal assegurado pela colaboração reativa, fruto da governança das partes no processo: o processo pode, assim, ser o reflexo do direito subjetivo como lei, ou pode, ainda, como reflexo da constitucionalização dos institutos processuais, o objeto processual ser manifestado substancialmente por situações jurídicas subjetivas, as quais não delimitam-se como limites, mas sim apresentam-se como possibilidades as dinâmicas fenomênicas contextuais produzidas pela complexidade sociopolítica.

O Processo Judicial, dessa maneira, representa as complexidades sociopolíticas dinamizadas por fenômenos contextuais, os quais superam os textos normativos estáticos. O

¹⁵⁰⁵La mise en évidence de l'objet du principe dispositif dans le cadre du procès civil a permis non seulement de le redéfinir mais également de préciser son champ d'application. **Le principe dispositif est un principe** du procès qui trouve à s'exprimer à l'occasion d'un fait juridique devant le juge ordinaire. Il se matérialise par l'émission par les parties de prétentions substantielles et se concrétise par l'émission des actes de procédure. (...) Le principe d'initiative est le fondement non seulement des charges processuelles des parties, mais également des demandes procédurales, des demandes portant sur la régularité de l'instance. Les deux principes ne sauraient donc se confondre mais sont pour autant liés. Le principe d'initiative doit être respecté pour que le principe dispositif prenne tout son sens. Le principe du contradictoire joue le même rôle. Si le premier permet de donner une réalité matérielle au principe dispositif, le second garantit que les parties soient ensemble et de la même manière maîtresses de leur litige par le respect du devoir de communiquer et du droit de savoir. Le renouvellement de l'analyse du principe dispositif aura également permis de mettre en lumière un nouveau principe, celui de l'unité du litige, principe qui permet de comprendre l'étendue mais également les limites de la maîtrise des parties. Fondement de la coopération dans le cadre des demandes, il permet de comprendre pourquoi les parties peuvent présenter notamment des demandes virtuelles mais également pourquoi les parties ne peuvent pas présenter de demandes nouvelles en appel. Par conséquent, la mise en perspective de l'objet du principe dispositif a permis de proposer une nouvelle lecture de l'office des parties quant au litige. Si, de manière traditionnelle, on considère que le principe dispositif impose aux parties de délimiter la matière litigieuse par l'allégation et la preuve des faits, nous pensons qu'il peut être présenté comme l'obligation pour les parties de délimiter la matière litigieuse par la formulation des demandes substantielles. Le principe dispositif, s'il a pour objet de délimiter l'office des parties quant au litige, a également pour finalité l'office du juge quant au litige, ce qu'il nous appartient de voir dès à présent. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.129)

contraditório é o espaço de participação democrática junto ao processo, que permite exercer ativamente a governança no processo na construção da decisão.

4 - Da Estática e da Dinâmica dos Objetos¹⁵⁰⁶ : do Objeto do Processo (mérito) ao Objeto do Debate Processual (lide)

Para que se adentre no objeto do processo¹⁵⁰⁷ (também conhecido como *pretensão processual*¹⁵⁰⁸ ou *mérito*)¹⁵⁰⁹, foi necessário, em um primeiro momento, ressignificar os

¹⁵⁰⁶La fenomenología del hombre capaz retendrá, de este rodeo por la narratología, que corresponde al lector de tramas y de relatos ejercitarse en refigurar sus propias expectativas en función de los modelos de configuración que le ofrecen las tramas engendradas por la imaginación en el plano de la ficción. Una "estética de la recepción", como la de H. R. Jauss? añadió así un nuevo elemento a la teoría narrativa en función del binomio constituido por la escritura y la lectura. Así, un lector puede declarar que se reconoce en tal personaje tomado de tal trama. Ni que decir tiene que esta apropiación puede revestir multitud de formas, desde la artimaña de la imitación servil, como en Emma Bovary, pasando por todos los estadios de la fascinación, de la sospecha, del rechazo, hasta la búsqueda de la justa distancia respecto a los modelos de identificación y de su poder de seducción. Aprender a "contarse", tal podría ser la ganancia de esta apropiación crítica. Aprender a contarse es también aprender a contarse de otra manera. Con esta expresión, "de otra manera", se pone en movimiento toda una problemática: la de la identidad personal asociada al poder narrar y narrarse. Propuse el término de identidad narrativa para caracterizar, a la vez, el problema y la solución. El problema es el de la dimensión temporal, tanto del sí como de la acción misma; dimensión que había podido ser descuidada en los análisis anteriores: parecía que se podían caracterizar la referencia de la enunciación al enunciador y la del poder de obrar al agente, sin tener en cuenta el hecho de que el enunciador y el agente tienen una historia, son su propia historia. (RICOEUR, Paul. **Caminos del Reconocimiento**. Tres Estudios. México: Fondo del Cultura Económica, 2006. P. 133-134)

¹⁵⁰⁷1º) - não se deve usar, ou, pelo menos, não é conveniente o uso da expressão objeto do processo, quando se quiser aludir a escopo ou finalidade do processo; qualquer desses vocábulos (escopo ou finalidade) traduzirá melhor e inequivocamente a idéia de teleologia do processo; 2ª) — o processo envolve uma relação jurídica (de Direito Público) bilateral, i.é, entre as partes, de um lado, e o juiz, de outro, não vinculando diretamente as partes entre si; a vinculação entre as partes é indireta, pois se opera mediante a atuação do juiz; 3ª) — o conteúdo dessa relação jurídico-processual é o conjunto dos poderes e faculdades, deveres e ônus das partes ou do juiz; 4ª) — mas o processo não é apenas uma relação jurídica; em seu aspecto global é instrumento institucional da jurisdição (relação jurídico-processual + procedimento); 5ª) — objeto do processo, em seu aspecto global de instrumento institucional da jurisdição, é toda a matéria que nele deva ser apreciada pelo juiz, seja em termos de simples cognição, seja em termos de julgamento, envolvendo, pois, os pressupostos processuais, as chamadas condições da ação e o próprio mérito; quanto a este examinará também a defesa do réu e do reconvido, do chamado ao processo e do litisdenunciado (inclusive questões prévias); 6ª) — só uma parte do objeto do processo constitui o objeto litigioso do processo: é o mérito, assim entendido o pedido do autor formulado na inicial ou nas oportunidades em que o ordenamento jurídico lhe permita ampliação ou modificação; o pedido do réu na reconvenção; o pedido do réu, formulado na contestação, nas chamadas ações dúplices; o pedido do autor ou do réu nas ações declaratórias incidentais (sobre questões prejudiciais); o pedido do autor ou do réu contra terceiro na denunciação da lide; o pedido do réu no chamamento ao processo; o pedido do terceiro contra autor e réu, formulado na oposição; 7ª) — no processo penal brasileiro ocorre, com relação aos limites do pedido, a possibilidade de nova definição jurídica dos fatos narrados na queixa ou na denúncia, nos termos dos arts. 383 e 384, do C.P.P. (SANCHES, Sydney. Objeto do processo e Objeto Litigioso do Processo. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, n.º 16, p. 133., julho, 1979)

¹⁵⁰⁸E ainda, Guasp delimita o objeto do processo como pretensão fosse "Por objeto del proceso se entiende a este respecto la materia sobre que recae el complejo de elementos que integran el proceso, es decir, aquel substrato, desligado de los sujetos y de las actividades que en el proceso se verifican, pero que sirve como soporte en el que unos y otros se apoyan, o sea como materia (latu sensu) en que se perfila el contenido del proceso todo prestándole una significación unívoca en el mundo de la realidad al que la figura pertenece. El objeto del proceso tiene que ser, pro ello, una relación, naturalmente de carácter ideal, puesto que el proceso no pertenece a la esfera de los entes tangiblemente reales, que sirven como centro de referencia de las diversas categorías procesales. (DELGADO, Jaime Guasp. **La Pretensión Procesal**. Madrid: Editorial Civitas, 1981. P. 56-59)

¹⁵⁰⁹Pretensão processual, mérito e objeto do processo são, portanto, conceitos sinônimos, que supõem uma declaração de vontade feita pelo autor, através de uma petição fundamentada, para obter uma sentença. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.28)

princípios do contraditório e do dispositivo¹⁵¹⁰, estrutural e funcionalmente a partir da epistemologia constitucional e da democratização da democracia, refletida no processo¹⁵¹¹, que ofereceram novos – e necessários – contornos a fim de que se entenda o processo como gênese do direito.

Estabelecidos os novos contornos do princípio dispositivo e do princípio contraditório; ou seja, estabelecido os novos contornos dos fundamentos da autonomia da vontade no Processo Civil,¹⁵¹² agora é possível identificar a prolixidade daqueles institutos processuais na formação do *objeto do processo* causando importantes e significativas diferenças capaz de dar ensejo a uma revisão no que toca ao objeto do processo.

Conforme aponta Ribeiro, “O tema relacionado ao conceito de mérito no processo pode ser considerado o mais árduo dentro da ciência processual, tanto que poucos, para não dizer pouquíssimos, são os autores brasileiros que se debruçaram sobre tão espinhoso tema, não obstante sua importância prática.”¹⁵¹³

Isto posto, a caminhada para a compreensão do processo como gênese, onde se propõe o fenômeno conflitológico de interesses como direito, importa na ressignificação do objeto do processo em seu momento *estático* e *dinâmico*, cuja explanação dar-se-á na consonância do proposto na presente tese, a fim de dar possibilidade à compreensão hermenêutica do direito distinto da aplicação.

¹⁵¹⁰El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal. Juan Picó i Junoy. P. 99-100.

¹⁵¹¹La prospettiva processuale giunge così a connettere il diritto al tessuto autentico dell'esistenza sociale nel suo continuo divenire di posizioni soggettive contrastanti e, dunque suscettibili di affrontarsi in una controversia organizzata e regolata avanti ad un terzo giudicante. L'ordinamento giuridico acquista così il proprio significato e la propria validità soltanto in quanto si possa comprendere ed attuare l'esperienza del giudizio processuale. (MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Princípi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.15)

¹⁵¹²El principio según el cual las partes determinan el inicio, conclusión y objeto de un proceso pertenece actualmente a un indiscutido fundamento de todas las familias jurídico-culturales y procesales. Las peticiones de las partes dan inicio al proceso, el reconocimiento, renuncia, allanamiento, retiro de la demanda o transacción implican su conclusión. Los modernos códigos procesales, como el francés Nouveau Code de Procedure Civile o el español se ajustan a este principio en forma férrea. De la misma forma lo hacen normas modelos transnacionales como el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica 1994 o los Principles of Transnational Civil Procedure del American Law Institute/Unidroit. El convencimiento común y fundamental sobre la autonomía privada procesal es antiguo y sus raíces pueden encontrarse de la misma forma tanto en el proceso romano como en el germano. Ha impregnado con peso tanto al proceso italiano-canónico como también al moderno constituyéndose en puntos de partidas aceptados en las culturas procesales romanas, germanas y angloamericanas. En esta homogeneidad se refleja una porción de la cultura política común, la que enarbó el derecho subjetivo como el centro de las conductas económicas y jurídicas colocando al individuo como figura central del ordenamiento estatal y económico. En épocas más primitivas, en el medioevo y en la era moderna, rigió este principio individualista sólo para una determinada clase social. Los movimientos por los derechos de los ciudadanos y las revoluciones de los siglos XIX y XX cambiaron la imagen a todos los seres humanos. (STÜRNER, Rolf. Derecho Procesal y Culturas Jurídicas. **Revista Ius et Praxis**, n.º13, Pp.435-462, 2007)

¹⁵¹³RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.19.

Consiste o objeto do processo naquela parcela de realidade fenomênica conflitual trazida à ação, reflexo da facticidade do mundo da vida, se apresentando ao direito, postulando assim a atribuição do sentido do texto da lei no conteúdo do processo (o que se debate, qual a matéria litigiosa) sobre o qual recairá a tutela judiciária do direito, sendo fundamental às partes saber o que se debate em qualquer tipo de processo e quais são os elementos que identificam seu núcleo.¹⁵¹⁴ Pretensão é pretender. Propondo uma petição vemos se são direitos relativos ou absolutos – a pessoas, ações, a objetos e coisas, petições. A declaração de vontade, a petição¹⁵¹⁵, contém a *causa petendi*¹⁵¹⁶ é dirigida ao Estado em virtude do monopólio da Jurisdição, configurando-o como titular passivo da pretensão processual.¹⁵¹⁷ Para um estudo do Processo a partir da Pretensão Processual, a maior finalidade da Ação Processual é criar a Pretensão Processual, o reflexo jurídico da Ação Material. O processo não visa somente a manutenção da ordem jurídica objetiva: mas também a proteção dos interesses individuais.

Quando, na segunda metade do século passado, se operou a revisão científica do direito processual civil, um dos problemas mais importantes que a doutrina teve de resolver foi a distinção entre processo, considerado como *iudicium* e o seu objeto, considerado como o mérito

¹⁵¹⁴RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC.** Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.21-23.

¹⁵¹⁵Los elementos individualizadores de la pretensión procesal o del objeto del proceso, también conocidos como elementos individualizadores de la acción, se encuentran, casi siempre, en las legislaciones procesales, e. g., entre otras, en el art. 399, de la LEC, cuando se refiere a la demanda y a su contenido, exigiendo que conste en esa: a) los sujetos, “datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado”; b) el petitum, “lo que se pida”; y c) la causa petendi, los fundamentos de esa petición, es decir, “los hechos y los fundamentos de derecho”; y en el §2o, del art. 301, del CPC Brasileño, que dice: “Una acción é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”; y también en el § 253, parr. 2, no 1 y 2, de la ZPO alemana. La identificación y la precisión de estos elementos contribuye no solo al entendimiento de la litispendencia, de la acumulación de pretensiones, de la modificación de la demanda, y de la cosa juzgada, sino también, y principalmente, posibilita una mejor comprensión de la tutela jurisdiccional efectiva, en la medida en que singularizando y determinando estos elementos se tiene un proceso rápido y eficaz: rápido, porque fijando con precisión el objeto del proceso se evita todas las formas de dilaciones indebidas; y eficaz, porque atiende al principio de la economía procesal, es decir, permite obtener el máximo de resultados, en un mínimo de actividad procesal. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho.** Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004. P.235-236)

¹⁵¹⁶Es a través de la causa de pedir que el demandante debe aportar al proceso su derecho subjetivo, esto es, la situación de ventaja objetiva frente al interés de otro capaz de producir las consecuencias jurídicas pretendidas. De ahí que sea más correcto referirse a la causa petendi como aquellas razones jurídicas que el demandante debe aportar en juicio para fundamentar su petitum, y que no se confunden, como con la calificación jurídica de estas. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho.** Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004. P. 242-243)

¹⁵¹⁷Al mismo tiempo que el actor interpone su petición también establece la afirmación sobre la que se mantiene y justifica la decisión judicial solicitada. La petición, para que sea estimada, necesita estar justificada, motivada. Cuando el actor fundamenta su petición, a través de los efectos jurídicos extraídos de su relación jurídica con el demandado, está justificando su declaración hecha a través de esta petición. Por ello, la declaración de voluntad no se realiza a través de una simple petición, sino a través de una 'petición (*petitum*) fundada (*causa petendi*) (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho.** Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004. P.228)

da causa (*res in iudicium deducta*), sendo criado, a partir desta distinção, uma série de teorias para explicar o objeto do processo.¹⁵¹⁸ Por isso considerar principalmente que “*No fundo deste problema encontra-se a visão dualista do ordenamento jurídico.*”¹⁵¹⁹

O acesso à jurisdição tem como efeito a *pretensão à tutela jurídica*, que consiste em um poder de exigir em face do Estado a tutela jurisdicional, cujo *fim* é obter o veículo adequado (processo) para satisfazer a pretensão processual (também chamada de objeto do processo ou mérito).

Para melhor compreender, os direitos em sua maioria cumprem-se automaticamente, não sendo necessária a intervenção do Judiciário para a resolução dos litígios. Antes de acessar ao Estado para a resolução de um conflito, a pretensão processual é denominada *pretensão material* a qual coloca uma pessoa em vantagem frente a outra em razão de uma situação reconhecida pelo direito. Esta relação é de direito privado, por dizer apenas à relação privada travada entre duas pessoas.¹⁵²⁰

Se frente à situação de vantagem o outro se recusa a cumprir seu dever, poderá aquela pessoa, detentora da situação vantajosa, procurar o Estado para que este resolva o conflito. Aqui, de outro lado, teremos a *pretensão processual*, que tal qual o direito material, é o reflexo

¹⁵¹⁸BUZUID, Alfredo. **Estudos de Direito**. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1972. P. 1.

¹⁵¹⁹RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.22.

¹⁵²⁰La única similitud que puede existir entre la pretensión a la tutela jurídica y la pretensión material es la palabra pretensión, que, en ambos supuestos, posee el mismo contenido. Tanto allí como aquí la palabra pretensión se caracteriza por el hecho de ser un poder, una *facultas exigendi*, y, en ambos casos, puede nacer aun sin exigibilidad, ya que la exigibilidad es *posterius* con relación a la pretensión, es su momento posterior, con la diferencia que en la pretensión a la tutela jurídica la ausencia de exigibilidad ocurre en virtud de la prescripción de la acción procesal, y en la pretensión material eso ocurre en virtud de la inercia del titular de la pretensión que no exige del obligado el cumplimiento de la prestación debida. También hay diferencia entre los dos institutos em cuanto a la forma de ejercer el poder pues, mientras que em la pretensión a la tutela jurídica el poder es ejercido a través de la acción procesal, en la pretensión material el poder es ejercido directa y personalmente por el titular de la misma. De igual modo, existe otra diferencia en cuanto a la dirección del poder ejercido pues, mientras que en la pretensión a la tutela jurídica se dirige contra el Estado, en su calidad de titular de la potestad jurisdiccional, en la pretensión material el poder se dirige contra otra persona, ya que esta solo puede exigirse de persona a persona. Por esta razón puede deducirse que la pretensión a la tutela jurídica pertenece a un mayor numero de personas (*rectius*, a todas las personas en virtud del monopolio de la jurisdicción) respecto a aquellas que tienen pretensión de derecho material. Una distinción digna de ser mencionada es la referente a la satisfacción ocurrida en una y en otra pretensión, pues, mientras que la satisfacción de la pretensión material solo puede ser alcanzada con el acto voluntario del obligado, la satisfacción de la pretensión a la tutela jurídica se alcanza a través del acto del Estado denominado sentencia. Por esta razón, una vez iniciado el proceso, “el demandado puede satisfacer la pretensión de derecho material, pero no la pretensión de tutela jurídica”, y “la satisfacción de la pretensión de derecho material no hace más que dejar sin objeto la pretensión de tutela jurídica”. Finalmente, para concluir puede añadirse que mientras la pretensión a la tutela jurídica pertenece al derecho publico, puesto que es una consecuencia natural del monopolio de la jurisdicción y esta garantizada en la mayoría de las constituciones modernas, la pretensión material pertenece al ámbito del derecho privado, ya que regula relaciones entre particulares. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**: Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004. P.133-135)

da relação entre as partes; mas esta, por sua vez, é de caráter público, por isso se afirmar que o Estado é o titular das pretensões processuais.¹⁵²¹

¹⁵²¹In effetti il giudicato è un aspetto connaturato alla funzione sociale dell'atto di composizione della lite e risponde essenzialmente all'interesse delle parti, prima di essere un elemento della funzione sovrana dello Stato di rendere giustizia. Il giudicato è, si potrebbe dire, una istituzione sociale prima che statale. Quando le parti domandano ed ottengono un giudicato per la tutela dei loro diritti, la stabilità del risultato del processo è protetta al massimo grado e gode di copertura costituzionale, non per una ragion di Stato, ma perché ciò realizza l'interesse della parte vittoriosa (e anche della parte soccombente a non essere più destinataria di ulteriori pretese della controparte, entro i limiti oggettivi del giudicato). L'autorità di cosa giudicata nel settore civile, al pari di altre situazioni che determinano l'esaurimento del rapporto, è in via di principio protetta dalla Costituzione, in funzione di tutela della certezza e affidamento che discendono dalla garanzia dello Stato di diritto, non solo nei confronti di successivi interventi retroattivi del legislatore, ma anche nei confronti di successive dichiarazioni di incostituzionalità delle norme applicate dal giudice. Stato di diritto significa, da un lato, effetto utile del potere esercitato in forma giuridica. Stato di diritto significa, dall'altro lato, anche limite imposto dal diritto al potere. Il giudicato rientra fra questi limiti che il diritto impone al potere: al potere delle parti, al potere del giudice, al potere dei terzi, al potere del legislatore, al potere della Corte costituzionale che dichiara l'incostituzionalità della norma sulla base del quale il giudice. Ma la soluzione di una indiscriminata intangibilità del giudicato appare troppo rigida. In un ambiente in cui si afferma il bilanciamento delle garanzie costituzionali le une con le altre, perché mai la garanzia costituzionale del giudicato non dovrebbe poter essere bilanciata? E se al giudicato non è stata data ancora esecuzione al tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale si potrà tollerare un'esecuzione forzata contra costituzione? Non la tollera per esempio l'ordinamento tedesco, ove si prevede che, se la decisione non è stata ancora eseguita, l'esecuzione forzata non è ammessa e la dichiarazione di incostituzionalità può fondare l'opposizione all'esecuzione ai sensi del § 767 ZPO. (CAPONI, Remo. **La crisi del giudicato**. Intervento al XXX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile su La crisi del giudicato, Muravera (Cagliari), 2-3 ottobre 2015. P. 7-8)

Para que haja o exercício da pretensão a tutela jurídica, propõe-se a ação processual, que inicia a pretensão processual, cujo *fim* é a sentença judicial.¹⁵²² A relação processual é, desta forma, uma nova relação jurídica, distinta daquela existente na pretensão material.^{1523,1524}

¹⁵²²Utilizamos la palabra pretensión tanto para la tutela jurídica (pretensión al proceso) como para la sentencia (pretension procesal), porque, según PONTES DE MIRANDA, “Tôda pretensão tem por fíto a satisfação. Ela é sòmente meio; a satisfação é fim”. Es decir, si utilizamos la palabra pretensión delante de la expresión ‘tutela jurídica’ estamos refiriéndonos a ella como el medio adecuado para que la parte pueda obtener la satisfacción, mientras que la utilización de la palabra pretensión delante de la palabra ‘sentencia’ significa que estamos refiriéndonos al fin conseguido con la utilización del medio (satisfacción de los intereses). En definitiva, el fin de la pretensión a la tutela jurídica es obtener el medio adecuado para la satisfacción de la pretensión procesal que se da a través de la sentencia; (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho**. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004. P.129-130)

¹⁵²³Procedural law must be properly distinguished from substantive law. The object of substantive law is primarily to provide for the rights and duties of legal subjects, while above all procedural law determines how these legal rights and duties must be established, effected or shaped in legal proceedings. Around 1900 an Austrian legal scholar (the Gerichtsssekretär Privatdozent Dr. Walker) accurately stated this distinction as follows: "Materielles Recht und Prozess verhalten sich zu einander wie der Gedanke zu seiner Ausführung." ("The relationship of substantive law to procedure," he said "is that of the thought to its implementation.") Karl Marx phrased it more beautifully: "[...] der Prozess ist [...] die Lebensart des Gesetzes, also die Erscheinung seines innern Lebens." ("[...] Procedure is [...] the manner in which the Law conducts itself, and thus the manifestation of its inner life.") One would assume from the above that procedural law constitutes more than just a technical instrument in the hands of practising lawyers. If this is indeed the case, then it is nothing less than remarkable that for some time the level of scholarly study of this area of law has been rather low in many countries. In the Netherlands and Belgium a revival in the study of procedure has been discernable only in the last few decades. With respect to the history of the law of civil procedure reference may be made to the 1973 contribution of R.C. van Caenegem to the International Encyclopedia of Comparative Law. Moreover, historical studies of the procedural law of individual courts during the ancien régime have appeared in this part of the world. These have primarily addressed the law as it was applied in practice, i.e. the "styles" of the various courts. Although they still proceeded originally from the erroneous thought that this law as it was practiced could be known from normative sources, I believe that authors such as J. van Rompaey heralded the arrival of a more felicitous age when they embarked upon the study of procedural law using archival documents from the various courts of justice. The interest in the history of the (fundamental) principles of procedural law is even more recent. The inaugural lecture at Leiden University of J.M.J. Chorus on the passive role (lijdelijkheid) of the civil judge, may be regarded as the starting point in this context. In his inaugural lecture in Nijmegen on the principle of the hearing of both sides, W.D.H. Asser also displayed an interest in history. The modest degree of attention devoted to procedural law as a scholarly pursuit is linked to the notion that procedural law scarcely qualifies for scholarly study. In fact Germany and Italy are the only European countries with an academic tradition in procedural law. This tradition has not, however, always appeared to have had the desired effect on university education. For example, G. Baumgärtel, the professor who was charged with conducting a study in the 1970s into the reasons for the lengthy proceedings in Germany, made the following comment in 1971: "Es ist aber wohl kein Geheimnis, dass gerade das Zivilprozessrecht in der Ausbildung — jedenfalls an der Universität — viel zu kurz kommt." ("Indeed it is no secret that it is precisely education on the law of civil procedure that is neglected — at the universities in any case.") This was not a new development, because there have always been problems with the study of procedural law at the university level. In the past, students had been known to graduate without any knowledge of procedural law, as evidenced by, inter alia, the *Ordo Iudicarius* by Aegidius de Fuscarariis of 1260-1266. In the beginning of his *Ordo* the author comments that he wrote this work not only for his students, but also "ad eruditionem novorum advocatorum militantium in iure canonico, qui licet periti in iure existant, ignorantes tamen practicam causas nesciunt ordinare [...]" (that is to say, to teach new attorneys that practice canonical law, who, though they emerge as knowledgeable in law, are nevertheless unable to prepare a case for trial due to their ignorance of practice [...]). Nowadays, however, for most of the European countries it can no longer be asserted that students leave university without any knowledge of procedural law. After all, training in this subject constitutes a standard element of the curriculum at nearly every European university. However, this has not led to an absence of controversy regarding this field as a university discipline. Indeed, it was not so long ago that Austrian students argued that the subject should be removed from the curriculum, expressing their opinion that it made no contribution to their academic education — and that it would be better to gain a knowledge of procedural law on the job. The Austrian complaints must be taken seriously. However, the fact that the content of the study of procedural law may not currently contribute to the academic education of the student, or that it may contribute to a lesser extent, does not, in my opinion, warrant the conclusion

O objeto do processo (conforme visto, chamado também pretensão processual ou mérito) é vinculado com a *causa petendi* - elemento subjetivo, petição fundamentada - e com o *petitum* - elemento objetivo - ¹⁵²⁵ reflexos do objeto do processo, que é delimitado pelo autor da causa, feita por uma declaração de vontade por meio da qual se solicita a atuação de um órgão jurisdicional frente ao réu.¹⁵²⁶ O objeto do processo, assim, é constituído pelo que foi

that training in procedural law should be abolished. The more likely conclusion would be that this complaint should lead to a partial reconsideration of the content of the subject, both in the area of university research and that of university education. (VAN RHEE, C.H. Civil Procedure: A European Ius Commune. **European Review of Private Law**, n.º4, 2000, p. 589-611)

¹⁵²⁴It has been argued that legal procedure is ‘a ritual of extreme social significance’ and that the characteristics of ‘a civilized country’ are revealed not so much through the substantive law as in the practice and procedure of the courts. Jeremy Bentham saw the rules of procedure as being central to the machinery of civil justice. For Bentham, the power of procedure was in the link between evidence and correct decisions (rectitude) and the role of procedure in achieving accuracy in decision making continues to be seen as central today by procedural scholars. The system of procedure is designed to ensure that judges have all of the appropriate evidence available so that they can find the material facts and apply the substantive law to those facts. In this way, procedural rules reflect a sense of justice. Procedure is the means by which substantive rights are enforced. Indeed, it has recently been argued that rather than being mere rules, the procedures devised for adjudicating civil cases are essentially ‘the means by which society expresses its underlying meaning’. Procedure is important because of its link to substantive outcome. If substantive justice lies in the correct application of legal principles to a factual situation, then procedures that increase the likelihood of a correct decision being reached are vital. It is also argued that procedure is important to litigants. There is a relatively substantial body of literature in social psychology that provides firm empirical evidence first, that those involved in legal decision-making processes are able to distinguish procedure from outcome and second, that fair procedures make losing more acceptable and contribute to the legitimacy of the decision-making body. According to this research, the critical elements that contribute to perceptions of fairness are the opportunity to be heard, the opportunity to influence the decision maker, even-handedness of the decision maker, and being treated with courtesy and respect. Thus procedural justice is not only theoretically important as the route to substantively correct decision making but is an important influence on user perceptions of the fairness of legal processes. (GENN, Hazel. **Judging Civil Justice**. Cambridge, New York, 2010. P. 13-14)

¹⁵²⁵Para individualizar o objeto do processo, dentro da nossa concepção, bastam unicamente dois elementos: a) o elemento objetivo, conhecido como *petitum*; e b) o elemento causal, que é chamado de causa petendi, já que o núcleo em torno do qual o processo e toda atividade das partes gira reside na petição fundamentada (meritum causae) apresentado pelo autor, isto é, o *thema decidendum*. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.40)

¹⁵²⁶Aunque lo que se pide es propiamente el reconocimiento o actuación de la concreta tutela jurídica a la que el actor afirma tener derecho, pueden distinguirse en el *petitum* un objeto inmediato y otro mediato. El objeto inmediato sería la petición en sentido estricto, puesto que se trata de la solicitud de un tipo concreto de tutela jurídica; en definitiva, de un tipo concreto de actuación jurisdiccional: que el Juez declare la existencia de un derecho o relación jurídica, condene al demandado al cumplimiento de una prestación determinada, extinga o modifique una relación jurídica o, finalmente, que constituya una nueva. Por su parte, el objeto mediato estaría constituido por el derecho subjetivo, bien o interés jurídico al que se refiere la solicitud de tutela jurisdiccional. El *petitum* es el elemento fundamental de la pretensión del actor en relación con la congruencia de la sentencia ya que ni su objeto inmediato ni mediato pueden modificarse a lo largo del proceso ni en la resolución judicial. En pocas palabras, la sentencia debe inexcusablemente ser congruente con la petición.[...] La *causa petendi* es, en definitiva, el fundamento o razón en el que el demandante sustenta su petición de tutela jurídica al órgano jurisdiccional. Es la fundamentación, por tanto, del *petitum*. Sin embargo, y sobre todo á efectos de determinar los límites respectivos del deber de congruencia de la resolución judicial y del principio *iura novit curia*, se plantean múltiples interrogantes en relación con esa fundamentación ya que es una mezcla de elementos fácticos y jurídicos. Está generalizada la idea de que la *causa petendi* está compuesta únicamente de los hechos alegados por el autor en la demanda, pero luego se advierte que deben ser hechos jurídicamente relevantes, es decir, que coincidan con el supuesto de hecho previsto en abstracto por una norma jurídica. Esta combinación de fundamentos de hecho y de Derecho exige una clarificación. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.53)

proposto pelo autor da demanda. Tem se que “...*el Juez en su decisión no puede alterar la causa petendi en el proceso civil, ni la acusación en el proceso penal.*”¹⁵²⁷, pois ambos determinam o objeto do processo “...*El motivo de hacerlo así es que se pretende que, probada la identidad entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo, se produzca la consecuencia jurídica prevista en abstracto en esa norma para todos los casos que entren en ese supuesto de hecho.*”¹⁵²⁸, pois os fatos que importam ao processo, ou seja, aqueles que configuram a *causa petendi* de uma pretensão são aqueles que coincidem com o suporte fático de uma norma jurídica sobre a qual se deriva o requisitado no *petitum*.¹⁵²⁹

Pelo exposto, observa-se que o objeto do processo segue rigoroso fechamento a partir da *causa petendi* e no *petitum* no momento estático do direito. Ainda, a *causa petendi* seria o reflexo da cisão fato e direito, de modo que o juiz, em sua atividade, estaria limitado ao *ius dicere*, à aplicar o direito ao caso concreto. O princípio dispositivo clássico tinha como núcleo, como foi visto, a consequência de que o juiz estaria, até sua decisão, limitado pelo objeto do processo proposto pelo autor.

Nesse sentido, a metodologia exposta é fruto da pandectista, formadora da cisão teórica entre *direito material* e *direito processual*, constituiu o processo na formulação de seu mérito

¹⁵²⁷GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.64.

¹⁵²⁸GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.64.

¹⁵²⁹ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p. P.45.

com o que se chama de *objeto do processo formal*, algo altamente dedutivista, vinculando o objeto do processo a *causa petendi*.^{1530,1531}

¹⁵³⁰De lo apuntado es perceptible que me decanto hacia la consideración del objeto del proceso como la actuación jurisdiccional de la ley que se pretende en el caso concreto o, expresado de otra manera, la actuación jurisdiccional de una norma acerca de la juridicidad, o de la mayor relevancia jurídica, del interés afirmado, contradicho respecto de un determinado bien o relación subjetivamente delimitados. Estoy así sugiriendo, indudablemente también desde las dos cuestiones suscitadas, la necesidad de examinar el irresuelto debate del Derecho material y Derecho procesal al que se reconduce el problema de la coherente relación entre Derecho objetivo y subjetivo y de sus respectivos controles. La interdependencia Derecho material y Derecho procesal es indiscutible y su esclarecimiento primordial a fin de dilucidar temas esenciales entre los que tenemos el de la naturaleza de la cosa juzgada, pape - les del juez y de las partes y equilibrio entre ellos (o si se quiere, juego del principio dispositivo, del contra - ditorio, incremento del de oficialidad). En los países del "civil law" el proceso encuentra su razón de ser en el Derecho material, ordena - miento cuya "comprobación", efectividad y concreción tiene lugar significativamente a través del pronunciamiento jurisdiccional recaído en el proceso; proceso que suministra los medios jurídicos para tutelar los derechos y actuar el sistema. La predicada funcionalidad básica del Derecho procesal en pro del sustancial sin embargo no comporta ni permite la absorción de aquél por éste en la medida en que juega un papel específico, autónomo, con conceptos, instituciones y medios propios que sobrepasan una inerte instrumentalización. La rogada actuación jurisdiccional de la norma material no es aquí y ahora una tarea mecánica que pueda y deba hacerse sin ponderar elementos que a lo sumo genérica y abstrac - tamente han podido ser previstos por el legislador material. Irremediamente he de recordar asimismo la misión que de modo prevalente corresponde a los órganos jurisdiccionales (arts. 1, 9.2, 14 y ss, 53.2, etc., CE) de realizar la verdad de la Suprema Norma al impartir Justicia. Parece razonable repeler aquí y ahora aquellas orientaciones teleológicas del Derecho procesal proclives a una versatilidad acaso excesiva en el sistema constitucional del Estado de Derecho vigente. Piénsese en sentencias de nuestro TC en las que, no sin total razón, se han rechazado preceptos mera - mente rituales de exagerado formalismo, tachándolos de enervantes, irritantes, excesivos e irracionales obstáculos a la vigencia del Derecho material (plena efectividad de la tutela judicial), mientras que otras reglas, claramente formalistas, han sido defendidas ya apelando a los altos intereses generales ostentados por uno de los contendientes: caso de las Administraciones Públicas ya al "höheres Verfahrensziel" (objeto básico del proceso) de mantenimiento de la paz y certeza jurídicas. Una desmedida flexibilidad en los términos de esta "modulada" posición es apta en su entrecruzamiento para generar consecuencias inaceptables. Las distintas posturas emitidas acerca del vínculo y posición Derecho material y Derecho procesal han influido decisivamente en la delimitación del objeto del proceso civil. No coinciden de esta forma quienes entienden: A) que el Derecho procesal totalmente subordinado al Derecho material ha de circunscribirse a una simple tarea instrumental, B) con aquéllos para quienes el Derecho procesal ha de aislarse del material reconociendo que el proceso tiene un propio y esencial objeto (procesal), C) ni tampoco los que en un intento superador mantienen que el objeto del proceso es la realización de los derechos subjetivos y/o la confirmación del orden jurídico objetivo que abarca también la exigencia de la certeza. (ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n.º23, 1996. Pp.13-48. P.4-5)

¹⁵³¹A) Examinemos, en primer lugar, la tesis de quienes vienen defendiendo que el Derecho procesal no tiene sentido sin el material y que el procesal se ciñe al papel de realizar y concretar eventualmente el Derecho sustancial. Así FAZZALARI, entre otros, tras apuntar la imposibilidad de una síntesis teóricamente fundada del objeto de los actos procesales, y de que únicamente es factible su análisis, dice que de objeto del proceso únicamente puede hablarse con referencia a éste o a aquél otro tipo de proceso y a su descripción. Según FAZZALARI en el proceso civil de declaración, de un lado, el "merito" se elabora en varios momentos (contestación a la demanda, alegaciones, prueba) en los que la "*res in iudicium deducta*", o sea, la realidad sustancial, viene a encontrarse en diversas y progresivas situaciones no reconducibles a la unidad; de otro lado, son debatibles otros temas diversos del "merito", otros objetos como las cuestiones procesales (de "rito"), o sea, las concernientes al mismo desarrollo del proceso: legitimación, competencia, etc) y, por casualidad, el proceso puede concluir con una cuestión prejudicial sin que haya sido afrontada la del "merito", es decir, la concerniente a la realidad sustancial preexistente. Asimismo, estima que tampoco es legítimo perfilar un único objeto en los procedimientos de ejecución (liquidación de los bienes pignorados, selección de vías alternativas, distribución del precio). Sería temerario tachar de absurda esta perspectiva por cuanto la "precariedad" del Derecho material discutido impone, por mor de la prohibición de la autodefensa, la intervención del Estado actuando jurisdiccionalmente que de este modo asegura la garantía jurídico material; a ello se agrega el que la propia generalidad y abstracción de la norma sustancial requiere en no pocas ocasiones su concreción que habrá de verificarse a través del pronunciamiento jurisdiccional si no hay conforme intelección entre los contendientes. Con suma claridad este papel de concreción y consiguiente desarrollo jurisprudencial del derecho viene siendo asumido en los países anglosajones. HABSCHIED resalta que conectar el proceso a la realización del Derecho subjetivo no basta habida cuenta de que mediante el juicio se

tutelan determinadas instituciones jurídicas o en general ciertos intereses públicos. La deducción por el actor de un Derecho subjetivo o, en terminología de JAUERNIG, de un mero poder de acción ("Klagebefugnis"), en los procesos atinentes al estado civil y condición de las personas, no oculta la presencia de tales intereses generales lo que lleva a hablar de dos planos de intereses que en algún sentido provocarían dos respuestas procesales diversas reflejadas en las modalidades procesales civiles: dispositiva e inquisitoria, en no poco grado vinculadas asimismo al doble efecto que ROSENBERG destacó de cosa juzgada en la primera y como una consecuencia excluyente autónoma el de preclusión en la segunda. Ahora bien, el principio de la Güter e Interessenabwägung (ponderación de los valores e intereses en juego en relación al denominado Wessensgehalt o contenido esencial de los derechos fundamentales) introducido por la jurisprudencia alemana, otorga a los operadores jurídicos un margen de discrecionalidad que puede llegar a producir repercusiones totalmente inaceptables. Si esgrimiendo discutibles intereses generales se permite la opción por uno u otro modelo procesal (dispositivo o inquisitorio) con desconocimiento del objeto litigioso, se llegaría a la posibilidad de vaciar exigencias jurídico-fundamentales como las de audiencia bilateral, publicidad, el derecho de defensa en general y el propio derecho a la tutela judicial efectiva. DENTI indica que ha de distinguirse entre condiciones internas y externas al proceso; las primeras exigencias, desde el respeto del debido proceso y del juego de la proporcionalidad, estarían justificadas por un mejor funcionamiento de los institutos procesales. Las externas al juicio han de excluirse por cuanto ningún interés público distinto del propio de la función jurisdiccional puede justificar limitaciones al ejercicio de la acción. En esta línea razones como v.gr.. las fiscales no son bastantes para condicionar el acceso a la jurisdicción. De esta manera, la clase de proceso a seguir no puede ser respuesta inmediata a lo que la parte pretende, o al menos pretende inmediatamente, a espaldas del propio y específico objeto procesal al que está pre ordenado el modelo (dispositivo o inquisitorio). Recordemos que el juez no está obligado a abrir el proceso solicitado por la parte sino el que corresponda conforme a lo solicitado por la parte según la ley. Más aún, y según TROCKER, ha de conjugarse la valoración de los intereses en juego (objeto litigioso) con el objeto y función de la garantía constitucional de acción y de defensa; es decir, de la exigencia que la misma expresa de asegurar en todo caso a los interesados una posibilidad plena y efectiva de participar en el desenvolvimiento del proceso y de influir en el éxito del mismo. A la luz de este imperativo irrenunciable, y no viceversa, debe ser determinada la "racionalidad" de las eventuales peculiares características estructurales de los singulares procesos. Como conclusión, es de recordar que la indiscutibilidad del carácter público de los intereses en las "*class actions*" o en defensa de los intereses difusos, colectivos, etc. en caso alguno determina su sustanciación a través de un proceso civil inquisitorio y sí dispositivo, con lo que la correlación naturaleza del interés sustancial deducido y estructura del proceso no es ni automática ni verdadera. Es de señalar además que al venir constituido el objeto del proceso, sobre el que ha de recaer el pronunciamiento jurisdiccional, por el Derecho material que se dice lesionado, un cambio en la afirmación de éste modificaría el objeto litigioso. B) Un cualificado sector de la bibliografía, primordialmente alemana, ha estimado, en segundo lugar, que el objeto del proceso debe elaborarse fuera del Derecho material, ordenamiento que no es objeto del litigio ni determina tampoco el contenido del objeto litigioso; según nos dice SCHWAB, al constituir la pretensión procesal (petición de la resolución judicial señalada en la solicitud) el objeto litigioso, surge la pretensión procesal como la forma en que se hace valer el Derecho material. Entre nosotros GUASP ha acogido esta orientación al considerar que el objeto del proceso, como ya indicamos, era la pretensión procesal. Empero, fuera del acuerdo en aislar el objeto del proceso del Derecho material, los diversos tratadistas discrepan en la fijación de si ese objeto radica en una solicitud fáctica y jurídicamente fundada de una actuación judicial (*causa petendi* más *petitum*), o en una mera afirmación jurídica (Rechtsbehauptung) o en la simple petición (Antrag) o en la causa petendi. Acaso sea posible precisar algo más esta tendencia desde su formulación por GOLDSCHMIDT, no sin advertir que la asepsia buscada por este autor, fruto acaso del régimen político nacionalsocialista del que hubo de alejarse, no logra proteger al proceso de elementos ideológicos, como en otro contexto él mismo reconoció. En su conocida obra *Der Prozeß als Rechtslage* dice GOLDSCHMIDT que "ist Prozeß, in dem engeren Sinne von reinen -ordentlichem- Entscheidung Urteilsverfahren, das auf die Herbeiführung von Rechtskraft gerichtete Verfahren". Persigue el proceso civil la terminación del conflicto alcanzable a través de la fuerza vinculante de la cosa juzgada. Es aceptable la noción procesal de la cosa juzgada y, de este modo, que su esencia concorde con la finalidad que persigue es la exclusión de todo debate y resolución nuevos sobre la consecuencia jurídica declarada con fuerza de cosa juzgada. También que concebido así el objeto del proceso civil es aplicable a cualesquiera juicios aún no civiles. Sin embargo, es discutible que pueda hacerse coincidir objeto y fin del proceso pues la cosa juzgada es conclusión del mismo pero no su fin último. La autoridad de cosa juzgada, apostilla HABSCHEID, consiste únicamente en la incuestionable validez de la parte dispositiva de la sentencia en otro proceso entre los sujetos sometidos por ley a esa fuerza (de cosa juzgada). Esa autoridad no significa más que el medio técnico-jurídico mediante el que el derecho, o más bien la pretensión, una vez afirmada o negada, será considerada como tal en un proceso futuro; ninguna relación de medio a fin puede empero establecerse entre el proceso, o el procedimiento, y la cosa juzgada. El proceso por ende, no puede entenderse terminado con esta fuerza (puramente procesal) de la parte dispositiva como tal, antes bien con los contenidos determinados y contingentes del dispositivo, o sea, con la regulación de la situación jurídica controvertida. Expresado de otro modo, lo que

O que se concebeu, sem mais possibilidade de variação que a nascida da vontade legislativa, de fato não deixa de variar. Basta recordar que o fenômeno histórico da formação dos Estados nacionais na Europa, durante os séculos XVI e XVII, não só consistiu na afirmação de uma soberania estritamente política, senão que implicou também na nacionalização das fontes do direito privado. O ato legislativo teria de ser a fonte primária do direito pela só razão de que era o mandamento do soberano; com o que se confundiu o poder de ditar ordens com a capacidade para criar o direito. Os códigos Civis trataram de chegar à máxima identificação do saber com o poder, muito embora isto não os pusesse a salvo da lenta, mas incessante obra de retificação ou evolução resultante da prática. O direito dos juristas toma como ponto de partida as normas do direito legislado e prossegue na sua atividade criadora. Uma concepção de soberania, notoriamente estreita, constitui um obstáculo para essa atividade criadora seja devidamente reconhecida. Ocorre então que os raciocínios das sentenças se orientam mais no sentido de provar que a solução do litígio deriva da lei do que a procedência da mesma da solução adotada. Isto é, em lugar de fundamentar a solução, o julgador se esforça para justificar o duvidoso enlace das suas conclusões com o direito legislado.¹⁵³²

vincula, dice HABSCHEID, no es el fallo como tal sino el pronunciamiento regulador de un modo o de otro de la situación jurídica en conflicto que no podrá reexaminarse en los límites objetivos y subjetivos que lo identifican o, en expresión de RONSENBERG "la exclusión de todo debate y resolución nuevos sobre la consecuencia jurídica declarada con autoridad de cosa juzgada". La orientación de GOLDSCHMIDT es desarrollada "sociológicamente" por LUHMANN para quien la actividad del juez podría sintetizarse en una "recogida de hechos", de los datos que son ordenados en un "clasificador" conceptual programado anticipadamente por la ley; y es esto precisamente lo que hace factible la decisión -ya abstractamente fijada- del caso concreto. Tan descriptivo modelo de la actividad del juez y de la jurisprudencia en general, nos parece al menos inadecuado a la situación actual, y fruto del desconocimiento de la realidad práctica. Si en algún momento el juez ha sido un autómatas que deducía y analizaba, hoy es un verdadero juzgador que no sólo expresa en el caso singular los valores de la ley, sino que contribuye a su misma evolución. Hoy día la jurisprudencia no se limita a la mera aplicación del derecho, o sea, a la mecánica subsunción de los hechos constatados dentro del esquema normativo; la propia subsunción comporta en verdad una indagación preliminar de la calificación jurídica de los hechos; en gran medida la competencia del juez se extiende asimismo a "encontrar" o formar la norma concreta indispensable para la formulación del pronunciamiento, pero, modularía, y ello cooperando en la histórica actuación de la Primera Norma. C) En un intento de superación sintetizadora de las orientaciones expuestas, parte de la doctrina considera que es posible armonizar los planos jurídicos procesal y material. Para LIEBMAN el ordenamiento jurídico está constituido por dos sistemas de normas distintos y coordinados, que se integran y completan recíprocamente: el de las relaciones jurídicas sustanciales representadas por los derechos y obligaciones correspondientes y según las situaciones varias en que las personas pueden encontrarse, y el del proceso que suministra los medios jurídicos para tutelar los derechos y actuar el sistema. Sería contrario a la realidad pretender hoy disolver uno en el otro, como también sería poco concluyente discutir cuales de los dos sistemas es el prioritario, nosotros, sigue LIEBMAN, los vemos en una situación paritaria, necesarios y complementarios el uno del otro. Sin el proceso, el derecho quedaría abandonado a la buena voluntad de los hombres con peligro de permanecer inactivado; el proceso sin el Derecho material sería un mecanismo constreñido a girar en el vacío, privado de contenido y objeto. Ubicándose en esta visión integradora se ha llegado a sostener por autores como LENT) que el objeto del proceso no es el Derecho material más que en la medida y grado en que es afirmado en el juicio(85). Matizadamente, HABSCHEID busca la síntesis diciendo que la función primaria del proceso es la realización de los derechos subjetivos privados, entendiéndolos en un sentido muy amplio a fin de poder abarcar además de a los derechos subjetivos en sentido propio y tradicional también los poderes jurídicos que el Derecho privado reconoce al sujeto o a un grupo de individuos con intereses (individuales) idénticos. La protección del interés público y la realización del Derecho objetivo constituirían objetivos reflejos e indirectos. Insiste HABSCHEID en que a través de la concreción del derecho el proceso civil ampara asimismo el Derecho objetivo privado en su totalidad, pero que en la confirmación de tal orden jurídico no puede radicar la función específica y primaria del proceso: el Derecho objetivo como tal no es un objeto o al menos no es el objeto que, por sí, pueda haber originado la exigencia del proceso civil. (ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n.º23, 1996. Pp.13-48. P.4-5 e 5-8)

¹⁵³²BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977. P. 10-11.

Porém, a partir da ressignificação do dispositivo, viu-se que o processo não se limita ao momento estático do direito, havendo um segundo momento responsável pela abertura do objeto do processo, o objeto do debate processual, sendo este o momento dinâmico do direito.

Em um segundo momento, a devida citação do réu e a posterior resistência deste com relação à ação terá como consequência a) modificação do objeto do processo (reconvenção, fruto da cumulação de pretensões); b) ou/e ampliação dos termos do debate com a apresentação de fatos extintivos, modificativos e impeditivos, estabelecendo-se assim o objeto do debate processual (ou objeto do litígio), fruto da *lide processual*.¹⁵³³

O objeto do debate processual, diferente do objeto do processo, consiste na *lide processual*, ocorrendo aqui a principal dicotomia entre objeto do processo e objeto do debate processual: o segundo corresponde ao mérito mais a lide, de modo que o conceito de objeto do debate processual é mais amplo do que o de objeto do processo.¹⁵³⁴ Por isso afirmar que: “...o objeto das decisões judiciais é maior que o objeto do processo.”¹⁵³⁵

A partir do que foi brevemente exposto sobre objeto do processo, buscar-se-á demonstrar que o direito vai além do direito subjetivo, pois o processo já não mais se limita ao mero *ius dicere* (aplicar), dado que toda decisão judicial cria o direito ao caso concreto pelo *ius*

¹⁵³³ Uma vez admitida a demanda com o objeto do processo definido exclusivamente pelo ator, o demandado deve ser validamente citado para que possa formular sua devida defesa. A resistência que este pode oferecer, como apontamos, não altera o objeto do processo, mas certamente pode ampliar os termos do debate, na medida em que suas alegações podem conter exceções, tanto materiais (Fatos impeditivos, modificativos e extintivos), como processuais. [...] só o autor é quem delimita o objeto do processo mediante sua declaração de vontade petitoria. Só a reconvenção que trata de interposição pelo demandado de uma pretensão processual própria frente ao autor, assumindo a posição de “autor da reconvenção”, poderá alterar o objeto do processo, cumulando, portanto, pretensões. Na reconvenção o réu do processo principal torna-se autor de uma pretensão processual própria e distinta da pretensão processual já deduzida pelo então autor que vem a tornar-se aqui, na reconvenção, altera jamais o seu conteúdo, vale dizer, no atual CPC, art.315, ela deve ser corretamente formulada através de uma petição inicial e não dentro da contestação, mas a jurisprudência aceita tal hipótese. Todavia no novo CPC, art.340, a redação é muito melhor e está em consonância com o que afirmamos, pese ser interposta dentro da contestação. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.37)

¹⁵³⁴ Dentro desta perspectiva fica fácil perceber que a lide corresponde essencialmente ao objeto do debate, e não ao objeto do processo, ao mérito, como que o atual CPC, já que lide significa, segundo Carnelutti, seu criador, “un conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del outro”. Desta forma, o conceito de lide é mais amplo que o objeto do processo e não pode, portanto, ser confundido com seu mérito, pois para que ela possa existir a presença do demandado é imprescindível, enquanto para a existência do objeto do processo a presença do réu é totalmente prescindível, dispensável. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno assinalar, de acordo com a redação do art.10 do novo CPC, que o juiz está proibido de utilizar qualquer fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.38-39)

¹⁵³⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.39.

facere (criar). Essa visão do direito abre a possibilidade de que o cidadão, pela autonomia de vontade, fundado no acesso aos tribunais e no direito de petição possa trazer ao Judiciário questões que vão *além* do direito subjetivo (união do fato com a norma) pelo fenômeno conflitológico de interesses.

Defende-se que a *causa petendi* do objeto do processo não necessita contar, em seu núcleo, com a subsunção fato e norma, nem que os pedidos tolham a atividade das partes por fecharem a atuação jurisdicional. De outro lado, pode que o objeto do processo reflita o direito subjetivo, porém, em razão do objeto do processo não mais limitar ou fechar os horizontes da criação judicial, seja o direito subjetivo ampliado pelo objeto do debate processual e pela decisão judicial, como direito objetivo processual, que necessariamente interpretá-lo-á (expressão da criação). O princípio dispositivo, dessa forma, por sua nova significância, não mais restringe a atividade judicial, mas amplia-a unida com a governança processual, que legitima o ativismo judicial. O processo não consiste na verificação de existência ou inexistência do direito subjetivo, pois as complexidades do mundo cobram do processo uma atuação política e responsável para com a sociedade, o que é refletido na construção da decisão judicial em colaboração reativa, criando a normativa individual¹⁵³⁶ para o caso concreto, servindo o processo como gênese para o direito.

Para essa diferenciação, cria-se o conceito de objeto do processo *substancial*,¹⁵³⁷ o qual se correlaciona com situações jurídicas subjetivas, que são os fenômenos existenciais

¹⁵³⁶Fondata sula inevitabile presenza del disputare nella realtà e sul superamento critico di una concezione normocentrica, la quale conduce a considerar la scienza giuridica come tecnica di produzione di regole, si presenta come meglio difendibile nella riflessione teoretica e nell'esperienza pratica una prospettiva processuale, secondo cui momento specifico ed irrinunciabile del diritto è la controversia giudiziale. (MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Princípi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.14)

¹⁵³⁷Toda aquella persona lo suficientemente ingenua como para jamás dudar de lo que se le ha enseñado o de lo que ella misma ha inventado, merece ser llamada dogmática. Los filósofos aprioristas e intuicionistas son dogmáticos en extremo. Los primeros, porque confían en ciertos principios generales que supuestamente no necesitan de la prueba empírica, en tanto que los segundos nos piden que creamos en sus intuiciones pretendidamente infalibles. Tipicamente, los escritos de un dogmático no son cadenas de razones apuntaladas por la prueba empírica y la inferencia lógica, sino rosarios de afirmaciones injustificadas. (Vease, por ejemplo, cualquier trabajo de Heidegger o Derrida.) Un dogmático no siente la necesidad de aclarar, comprobar o justificar cosa alguna, salvo, quizá, por el recurso a la autoridad o la analogía, ninguna de las cuales impresiona a los racionalistas. Sin embargo, el dogmatismo se presenta en grados. Además del dogmatismo total o sistemático, existe el dogmatismo parcial (táctico o metodológico) o escepticismo restringido. Toda persona razonable es escéptica solo parcialmente, y esto por dos motivos: uno lógico y otro práctico. El primero es que, para dudar acerca de algo, necesitamos dar algo por sentado, aun cuando esto sea únicamente de modo provisorio. Podemos dudar razonablemente de una afirmación solo si esta se baila en conflicto con el cuerpo principal de conocimiento previo. Por ejemplo, la hipótesis de la existencia de la telepatía es incompatible con la neurociencia cognitiva, según la cual no puede haber ideas separadas del cerebro, del mismo modo que las caras no pueden emitir sonrisas. La justificación práctica del dogmatismo parcial (o táctico) es que nadie posee la aptitud, los recursos, la paciencia o el tiempo necesarios para examinar cada idea que le sale al paso. Por ejemplo, nadie en su sano juicio duda de que dos más dos suman cuatro, que las personas necesitan alimentarse para subsistir, que los automóviles precisan combustible para funcionar, que el conocimiento es valioso o que las acciones tienen consecuencias, de lo que se desprende que debemos indagar y reflexionar antes de actuar, Pero una cosa es sentirse razonablemente seguro

(fenômenos conflitológicos de interesse) que não são lei, mas que nem por isso deixam de ser relevantes. Ao lado do objeto do processo substancial, reside o objeto do processo formal, este representando os casos em que o processo tem como objeto a subsunção, mas que, frente ao objeto do debate processual e frente ao *ius facere*, será o reflexo do desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses. Como o direito é adaptação existencial, o processo se presta a isso, sendo um local de *incertezas*, que foge do estigma da *segurança jurídica* tão bem defendida em uma sociedade complexa recheada de incertezas. Tanto o objeto substancial quanto o formal são o momento estático do processo.

Assim, para demonstrar a defesa dessa nova ideia, acima exposta, ao tratar do objeto do processo considerar-se-á o objeto do processo *formal* como representação da tutela de direito garantida pelo sistema judiciário vinculada ao direito subjetivo. De outro lado, o objeto do processo *substancial* considerar-se-á como representação da tutela de direito garantida pelo sistema judiciário vinculado à situação jurídica subjetiva¹⁵³⁸ – deduzindo pretensões

acerca de ideas o procedimientos que han sobrellevado innumerables pruebas y otra, muy diferente, afirmar la existencia de proposiciones o procedimientos privilegiados que no-necesitan comprobación alguna porque han sido revelados o refrendados por una pretendida autoridad, o porque los creemos evidentes por si mismos. Los escépticos de todas las variedades descreen de la revelación y desconfian de las intuiciones de cualquier tipo, traten estas acerca de la corrección de proposiciones matemáticas, la gramaticidad de las oraciones, la eficiencia de las recetas para cocinar o, incluso, de la moralidad de las acciones. Todo escéptico que se precie de serlo exigirá fundamentos para creer o hacer cualquier cosa. Los escépticos son constructores a la vez que destructores, edifican a la vez que demuelen. Ahora bien, el dogmatismo restringido es, por supuesto, lo mismo que el escepticismo restringido. De allí que, al igual que el dogmatismo, el escepticismo pueda ser total (radical o sistemático) o táctico (moderado o metodológico). Toda persona razonable es parcialmente escéptica, porque Ja vida nos ensena que cualquiera—especialmente los demás - puede cometer errores. Pero la vida nos ensena, también, que hemos llegado a saber bastante; sabemos, por ejemplo, que hay fotones y átomos y genes y galaxias; que mientras algunas infecciones son bacterianas, otras son virales; que las instituciones pueden volverse obsoletas; y que el egoísmo extremo no rinde a largo plazo. (BUNGE, Mario. **Crisis y Reconstrucción de la Filosofía**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002. P. 184-180)

¹⁵³⁸Ventura apresenta uma fenomenologia apreçoada a psicologia, no início de sua obra já acerta as vontades humanas a *psiche* no tocante a *anima*, pois: “Uma psicologia pi}u forte, antropologicamente e/o filosoficamente, è indispensabile per affrontare la quantità di giuridico-psicologico e di psicologico-giuridico in movimento nell’odierno orizzonte culturale, teórico e pratico. Solo uma tale psicologia può fronteggiare i problemi che oggi la provocano sul versante del diritto: quando inizia e quando finisce la vita psico-física dell’individuo umano? [...] Non si trata di um retorno all’anima, m adi alcune premesse per uma possibile ri-animazione dell’anima: ci si interroga di nuovo sui rapporti tra forme-strutture e contenuti-di-coscienza dell’uomo; sui rapporti tra significato e vissuto, tra coscienza e incôncio, tra sviluppo e permanenza, tra Io e Altri, tra personalità e socialità. La simbologia, le filosofie dell’esperienza, le filosofie dell’esistenza, l’ermeneutica e la stessa fenomenologia (in parte: quella realística, non pura e non ego-trascendentale) assecondano com le proprie indagni e categorie tale represa intellettuale preparando insieme nuove possibilità di pensare oggi l’anima come spiritualità e personalità dell’intendere, come libertà e vita morale, come giudizio e giustizia, forse ancora di nuovo, e certo in modo nuovo, come immortalità. Uma nuova antropologia filosófica, si può dire, prepara la strada per um risveglio e uma ri-edificazione dela psicologia dell’anima-psychè. Le così dette scienze umane convergono in questa impresa tuttora in atto e dall’esito dela quale molto si deciderà del futuro destino dell’uomo. Si scrive Io, coscienza, esperienza, vissuto, incôncio, esistenza, interpretação, linguaggio; ma va letto sempre in prospettiva: anima, psychè = autotranscendersi dell’uomo nella sua storia personale e comune verso l’essere, l’assoluto, l’infinito, Dio. Gli estremi qui si elidono a vicenda. Há torto Heidegger quando sostiene che nessuno oggi può dire cosa sia la psicologia, anche se há ragione nel stolineare lo sviluppo particolarmente caótico di uma quantitÀ pur così grande di conoscenze psicologiche che non porterà mai ad uma chiarificazione di principio se non si è già posto all’inizio il problema di tale chiarificazione: che cosa sai psichico. Ed há ragione Galimberti quando sostiene che non si può

substanciais/regulativas na *causa petendi*, podendo dela surgir um sem número de possibilidades e ainda pode ser possibilitada a entrada da pluralidade das complexidades sociais. Delineia-se que a ideia de *situação jurídica subjetiva* utiliza-se da ideia de Ribeiro¹⁵³⁹, redimensionando, porém, a criação do direito *a partir do processo*.

Na continuidade da ideia, o desenvolvimento da *lide* no objeto do debate processual (jogo dialético-dialogal¹⁵⁴⁰ processual¹⁵⁴¹ – induzindo ao desvelamento do Processo vinculado

fare psicologia se non acedendo alla nascita dela psicologia, ma há torto quando aggiunge, gnosticamente, che questa si trova in quel pre-testo che è la religione dove il dramma divino narra la vicenda umana che l'uomo non può raccontare perché il suo racconto, il suo testo è venuto dopo. C'è un nesso profondo tra psicologia e religione; ma non può essere solo un pre-testo del discorso per poter cominciare a parlare (di che cosa? Perché drammatico e divino?). Lo stesso Jung, dal quale Galimberti si muove, há detto Bem Altro, (VENTURA, Pierfranco. **Metaproblematiche de Diritto**. Per una Ri-Animazione Etico-Giuridica Dell'Esistenza. Vol. 1°. Milano: Giuffrè Editore, 1997. P. 11, 21-22 e 13-57.)

¹⁵³⁹Esta previsión no implica necesariamente la existencia de una norma jurídica que conceda la ventaja, sino especialmente en que no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, es decir, la ventaja no necesariamente debe estar prevista en una norma jurídica sino más bien em el ordenamiento jurídico, compuesto por normas y principios que pueden ser explícitos o implícitos. La previsión a que nos estamos refiriendo debe ser entendida en un sentido amplio como una *no prohibición*, pues resulta de aplicación el principio de derecho privado según el cual '*lo que no está prohibido está permitido*'. Por ello, es posible fundamentar una demanda independientemente de la existencia de una ventaja concedida por una norma jurídica, pues basta con que el ordenamiento jurídico no prohíba tal ventaja para que el interesado pueda sustentarla dentro del propio ordenamiento a través de los diversos principios existentes, que pueden no estar 'positivados' en una norma jurídica en concreto. Esta es la razón por la cual la jurisprudencia se desarrolla fuera de los estrechos límites impuestos por las normas jurídicas. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**: Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004. P.56)

¹⁵⁴⁰La dialéctica consiste desde antiguo en llevar los antagonismos inmanentes a su extremo contradictorio, y si la defensa de dos enunciados contrapuestos no tiene un sentido meramente negativo, sino que apunta a la unificación de lo contradictorio, se alcanza en cierto modo la posibilidad extrema que capacita al pensamiento metafísico, esto es, orientado en unos conceptos originariamente griegos, para el conocimiento del absoluto. Pero la vida es libertad y espíritu. La consecuencia interna de esa dialéctica en la que Hegel vio el ideal de la demostración filosófica, le permite en efecto superar la subjetividad del sujeto y concebir el espíritu como espíritu objetivo, según queda indicado. Pero en su resultado ontológico este movimiento acaba de nuevo en la presencia absoluta del espíritu ante sí mismo, como dice la conclusión de la Enciclopedia hegeliana. Por eso Heidegger sostuvo un debate permanente y tenso con la seducción de la dialéctica que, en lugar de la destrucción de los conceptos griegos, supuso su prolongación en conceptos dialécticos aplicados al espíritu y a la libertad, domesticando en cierto modo el propio pensamiento. No podemos analizar aquí cómo Heidegger, partiendo de su intención fundamental, mantuvo y superó en su pensamiento tardío la obra de derribo de sus comienzos. De ello da testimonio el estilo sibilino de sus últimos escritos. El era plenamente consciente de la penuria lingüística suya y nuestra. Además de sus propios intentos por abandonar «el lenguaje de la metafísica» con ayuda del lenguaje gnóstico de Holderlin, me parece que sólo ha habido dos caminos transitables, y que han sido transitados, para franquear una vía frente a la autodomesticación ontológica propia de la dialéctica. **Uno de ellos es el regreso de la dialéctica al diálogo y de éste a la conversación**. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método. Tomo II**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. P. 354-359)

¹⁵⁴¹Para evitarmos equívocos e situarmos a questão do método, aqui desenvolvida através do confronto entre hermenêutica e dialética, convém apresentarmos algumas reflexões sobre a questão do método na filosofia e nas ciências em geral, considerações que também servirão como fecho do trabalho. Quando falamos em hermenêutica e dialética e situamos a relação entre ambas ao nível da questão do método, não é propriamente intenção nossa entrarmos no debate metodológico das ciências, enquanto tal discussão se reduz à análise de procedimentos. Evidentemente a filosofia poderá tentar produzir transparências a nível epistemológico, e isso é uma tarefa que ela hoje em dia realiza com uma competência digna de profissionais do conhecimento. A função de uma reflexão filosófica sobre dialética e hermenêutica não pode ser entendida como um simples trabalho epistemológico. Quando falamos da pretensão de universalidade desses dois métodos já nos situamos fora da tradicional doutrina do método. A questão que aqui desenvolvemos visa, ainda que não explicitamente, a própria questão da filosofia enquanto tal. Certamente a discussão sobre hermenêutica e dialética que se desenvolveu a partir dos anos 60,

ao princípio dispositivo e o contraditório constitucionalizado) apresenta o momento de abertura de horizonte do objeto do processo (formal e substancial), que em um primeiro momento limita-se apenas à declaração do autor. Desse modo, tanto para o objeto do processo formal, como

constitui-se num ensaio de refazer, após a assim chamada consumação da metafísica, a pretensão de verdade da filosofia. Método nas ciências se limita a considerações sobre procedimentos. Mas método em filosofia aponta muito antes para caminhos do pensamento. E este pensamento, após a descoberta de sua finitude e na certeza das condições inelutavelmente históricas em que se desenvolve procura salvar o sentido da reflexão filosófica. Sentido que estaria perdido se a filosofia se resumisse a tarefas de justificação do pensamento científico. Há, sem dúvida nenhuma, no pensamento filosófico a necessidade de descobrir a continuidade da pretensão de verdade na história da filosofia, mas ao mesmo tempo, de situar as novas condições em que se dá esta continuidade. Não se trata de uma espécie de vontade de restauração filosófica daquilo que já foi. O que importa é afirmar a legitimidade de um tipo de trabalho de pensamento que precede e acompanha o pensamento objetivista e que ao mesmo tempo seria capaz de pensar os níveis nunca inteiramente recuperáveis da práxis cotidiana. Práxis esta que guarda em seu seio os momentos mais importantes da experiência da arte, da filosofia, das ciências humanas e da história. Essa reabilitação do conteúdo propriamente filosófico e da forma filosófica de apanhar a realidade no diálogo não apenas oportuno mas necessário com as ciências humanas é o que se leva dentro da intenção de analisar a controvérsia entre hermenêutica e dialética. Podemos dizer que toda questão do método nas ciências humanas sem a filosofia é cega; mas, ao mesmo tempo, a filosofia, nos caminhos de métodos que lhe são próprios, torna-se vazia sem o diálogo e a ocupação direta com as ciências humanas. Trata-se, portanto, de fazer ver aos procedimentos científicos e de dar conteúdo aos caminhos da reflexão filosófica. Não se trata tanto das razões que podem ser exibidas quer pela dialética quer pela hermenêutica em favor de sua universalidade. O modo de dar-se desta universalidade é que irá ramificar-se nas denominações: dialética e hermenêutica. O que aproxima esses métodos filosóficos é muito maior do que aquilo que os distingue. Tanto hermenêutica como dialética trazem em seu ventre a idéia fecunda e inalienável das condições históricas do trabalho do pensamento. Mas afirmam ao mesmo tempo e por isso mesmo, a impossibilidade de um ponto arqui-médico para fundar a reflexão, uma espécie de belvedere do espectador imparcial, ou ao menos de um observador privilegiado. Após a consumação da metafísica e a afirmação da finitude, exclusividade e universalidade da razão humana, não há ponto de vista de fora sobre ela mesma. É disto que sabem a hermenêutica e a dialética. E é a esta experiência que elas se agarram como o mais ferrenho positivista à experiência empírica. É por isto que hermenêutica e dialética não são simples ferramentas de pensamento, mas modos pelos quais ele sabe da inelutável condição de participação da razão em tudo aquilo que ela conhece. A diferença entre os métodos das ciências que chamamos procedimentos e os métodos da filosofia, é que os primeiros situam-se sempre, sem exceção, como exteriores ao próprio operar do trabalho da razão, enquanto estes se reconhecem imersos numa circularidade que nada mais é do que a confissão de que a sua justificação já os implica operando. Não há dúvida, que a presença do filósofo com a questão da hermenêutica e da dialética nas ciências humanas, quer salvar no seio destas aquele fundo inevitavelmente universal e filosófico que as diversas técnicas metodológicas tendem a negar. Hermenêutica e dialética não dispensam, portanto, os progressos de exploração e medição do objeto que as ciências humanas desenvolvem. Mas elas os repõem constantemente sobre o fundo de universalidade que propriamente legitima seus objetos. Com hermenêutica e com dialética não nos tornamos mais informados, mas como elas afirmamos o bastidor de legitimidade que recupera a unidade do modo descontínuo de pôr problemas próprio dos métodos científicos. Poderíamos dizer que a questão do método que expusemos a partir da controvérsia e da pretensão de universalidade de dois métodos, constitui-se num esforço de proteger não apenas o objeto das ciências humanas, mas os próprios procedimentos científicos contra a ameaça da selvagem atomização dos processos tecnocráticos no conhecimento. É assim que hermenêutica e dialética não podem ser encurtadas através de sua redução à simples teoria das ciências. Hermenêutica e dialética representam, de maneira única e privilegiada, o travejamento de um tipo de forma devida do pensamento que não descola do mundo e da práxis vivida e por isso representa uma forma de vida que poderíamos caracterizar como precedendo a toda ciência e trabalho científico. É claro que estes métodos deixaram suas marcas no debate epistemológico, sobretudo no campo das ciências humanas; mas seu alcance ultrapassa os acanhados horizontes da questão epistemológica. Dialética e hermenêutica são a afirmação extrema do significado prático da razão humana, no seu sentido mais forte. Não simplesmente porque esses dois métodos têm a práxis como objeto, mas porque não há práxis no seu sentido pleno sem que pressuponha os horizontes do pensamento dialético e hermenêutico. Filtra-se, portanto, na controvérsia entre dialética e hermenêutica e na discussão sobre dialética e hermenêutica, a afirmação do sentido ético-político do pensamento. É, sem dúvida, esse sentido prático, com sua força expressiva mais radical, que recupera, através de uma controvérsia metodológica, a verdadeira grandeza e dignidade da filosofia. (STEIN, Ernildo. **Dialética e Hermenêutica**: Uma controvérsia sobre o método em Filosofia. **Síntese**, VOL.10, n.º29, 1983, Pp.21-48.P.42-44)

para o objeto do processo substancial, o objeto do debate processual é momento de abertura do objeto, apresentando assim dicotomia com o objeto do processo e ampliando o caráter da decisão judicial, sendo uma expressão da dinâmica do processo, superando a estática do objeto do processo.

Existe assim uma pretensão que se apresenta como lógico-dedutiva, fruto da subsunção entre norma e fatos, e outra pretensão substancial, ligada à tutela de garantias constitucionalizadas. Tais princípios e regras acabam por ultrapassar as questões de fato e de direito, pois a decisão do Estado-Juiz acosta-se ao princípio do *iura novit curia* e, junto à fundamentação de sua decisão e a responsabilidade sociopolítica, projetando os efeitos da decisão judicial à adaptação existencial^{1542,1543}

É gatilho para a capacidade geradora do princípio os fatos que a realidade gera e a sociedade propõe para os quais e que não estão previstos em uma *fattispecie* que os contenha e que venha exigir uma qualificação jurídica própria, estimulando assim a capacidade geradora do princípio. A atribuição de uma força normativa ao fato, confunde a linha de demarcação entre o fato e a práxis, de um lado, e a norma constitucional, do outro - entre a regularidade e regra. O que preserva o rigor da letra da Constituição são esses fatos, pois dão atualidade e aderem à Constituição as expressões sociais, assim o fenômeno conflitológico de interesses, em uma correlação entre texto e contexto, gerada pela compreensão hermenêutica.¹⁵⁴⁴

¹⁵⁴²[...]justicia real a la experiencia hermenéutica. La conceptualidad en la que se desarrolla el filosofar nos posee siempre en la misma medida en que nos determina el lenguaje en el que vivimos. Y forma parte de un pensamiento honesto el hacerse consciente de estos condicionamientos previos. Se trata de una nueva conciencia crítica que desde entonces debe acompañar a todo filósofo responsable, y que coloca a los hábitos de lenguaje y pensamiento, que cristalizan en el individuo a través de su comunicación con el entorno, ante el foro de la tradición histórica a la que todos pertenecemos comunitariamente. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Metodo**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. P. 27)

¹⁵⁴³L'oggetto effettivo del processo é costituito da quanto tempestivamente prospettato dall'attore (non da quanto egli tenti di prospettare mediante un'inammissibile *mutatio libeli*) e da quanto sollevato, sempre nei tempi e nelle forme consentiti, dal convenuto qualora non si limiti ad opporsi alla pretesa dell'attore negandone il fondamento: è su ciò che si attua il contraddittorio ed è su ciò che il giudice deve pronunciare. Tale oggetto effettivo è determinato dalla o dalle pretese dell'attore nonché dal relativo fondamento; pertanto, dai soggetti, dal *petitium* e dalla *causa petendi*, dal punto di vista dei fatti allegati, dei elementi di diritto effettivamente dedotti. Se il convenuto ha proposto delle eccezioni di merito, anch'esse integrano l'oggetto effettivo, con i tratti distintivi loro propri. Sono questi gli elementi che configurano l'oggetto effettivo del processo civile. Per quanto riguarda la *causa petendi*, insistiamo col dire che essa si individua tanto mediante i fatti, quanto attraverso i titoli giuridici concretamente fatti valere. L'individualizzazione dell'oggetto effettivo del processo serve a determinare la giurisdizione, la competenza ed il procedimento adeguato, la comunicabilità di azioni, il carattere necessario e facoltativo della rappresentanza mediante procuratore e della difesa tramite avvocato, nonché il regime delle imputazioni proponibili contro la sentenza. Inoltre, è in relazione a tale oggetto che si risolvono le questioni concernenti la già esaminata *mutatio libeli*. Infine la sentenza deve naturalmente risultare delle parti rispetto a quanto ha costituito l'oggetto effettivo del processo. (OLIVA SANTOS, Andrés de la. **Oggetto del processo civile e cosa giudicata**. Milão: Giuffrè Editore. P. 86-87)

¹⁵⁴⁴Come si è visto, a innescare la capacità generativa dei principi sono i fatti che la realtà genera e la società propone e che non trovano ancora nell'ordinamento una *fattispecie* che li contenga, e però richiedono una qualificazione giuridica proprio stimolando la capacità generativa dei principi: «il fatto media il valore, perché, senza il fatto, il valore resterebbe allo stato di mera virtualità». Per l'altro verso, l'attribuzione di una «forza

Desse modo, o objeto pode ser, no que toca ao conteúdo, *fundamentado/formado substancialmente* (indutivo posto ao desvelamento) ou *formalmente* (dedutivismo metodológico), e sempre no tempo e na forma a qual foi permitido pela normativa, o réu pode e deve opor-se as pretensões do autor, negando o seu fundamento e formando o *objeto do debate processual* (ação e reação): assim ocorre o fenômeno da colaboração reativa, para que em um jogo processual venha ser desvelamento o fenômeno conflitológico de interesses e seja garantido o debate pela boa-fé processual e pelo contraditório constitucionalizado.

normativa» di qualche tipo ai “fatti”, ricorrendo a figure ambigue come le convenzioni, le consuetudini costituzionali ecc., confonde la linea di demarcazione tra i fatti e le prassi, da un lato, e le norme costituzionali, dall’altro - tra regolarità e regole. Anche questa impostazione, come ho cercato di mostrare, è figlia dell’idea che i fatti e le norme possano e debbano restare distinti, pur se ammette che alcuni dei primi possano transitare nel mondo delle altre e trasformarsi in «fatti normativi», ossia in fontifatto. Entrambe sono figlie di una visione antropomorfa del diritto e della sua applicazione, in cui la legge (o la disposizione, ma anche il fatto normativo) viene accertata e “applicata” al caso. Sono “dati” staccati dall’interprete, oggetto che gli prescinde e di cui egli accerta l’esistenza e il significato. Che tra soggetto e oggetto dell’interpretazione e applicazione del diritto non ci sia affatto separazione, ma che sia l’interprete a creare l’oggetto della sua interpretazione appare ad alcuni come una posizione un po’ eretica, criticabile perché sembra diretta a decostruire il «dato giuridico» – la legge, la disposizione costituzionale ecc. – e aprire la porta a concezioni irrazionalistiche del diritto e indebolire il rigore della lettera della Costituzione. Quello che ho cercato di sostenere è esattamente l’opposto. Ciò che preserva il rigore della lettera della Costituzione – e dello stesso vincolo che lega il giudice alla legge – non può essere disgiunto da una piena consapevolezza dello statuto epistemologico che caratterizza le operazioni riassunte nella locuzione ‘interpretazione costituzionale’: statuto che è confuso dalla rassicurante ma offuscata immagine della separazione tra il soggetto e l’oggetto dell’interpretazione. Ho cercato di mostrare come i fatti siano parte ineliminabile dei significati che il testo costituzionale genera attraverso l’interpretazione, ma anche come l’interpretazione della costituzione sia un fatto sociale che non è riservato alla sola comunità degli interpreti “qualificati”. Il che non significa affatto sposare «una concezione anarchica della società e una visione “decostruzionista” del diritto», come ritiene Dogliani. Anche se ammetto di non provare né simpatia né nostalgia per una teoria della Costituzione che ne leghi a filo doppio l’interpretazione al «patto costituzionale» e ai «fatti storici» che hanno segnato la fase costituente e i decenni successivi. Mi pare anzi che quella sia una concezione ideologica della Costituzione che non fa pienamente i conti con la storia. L’Italia di quegli anni ha conosciuto profonde divisioni sociali e ha subito una drammatica riduzione del significato della «rivoluzione costituzionale» imposta dalle forze politiche di maggioranza. Siamo un paese che solo dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 ha abbandonato una concezione patriarcale e padronale delle relazioni tra coniugi e tra genitori e figli; e che ancora oggi mantiene in vigore il fascistissimo codice penale - cioè il corpo legislativo che riassume i valori fondamentali della comunità, quelli la cui difesa merita l’extrema ratio della sanzione penale. È vero che è stato depurato dalle norme meno tollerabili grazie a una gloriosa serie di decisioni pronunciate dalla Corte costituzionale, ma non è meno vero che in tutte quelle occasioni il Governo della Repubblica si è sempre costituito in giudizio per difendere la vigenza del codice, a scapito dell’affermazione dei principi costituzionali. La nostalgia per una visione della Costituzione dominata dal «programma costituzionale» mi sembra talvolta assomigliare al dolce sapore della madeleine e al ricordo proustiano del piccolo Marcel. La conclusione a cui mi sembra di poter giungere è che, più della funzione dei fatti nel diritto costituzionale, a costituire il problema più difficile per il diritto costituzionale è quale sia la funzione del testo, di come esso operi nella selezione “imperiale” delle ricostruzioni concorrenti del “senso” dei principi costituzionali proposte dalla società, dalle istituzioni, dagli interpreti. È forse il problema speculare a quello che si è affrontato sin qui, perché la funzione del “testo” dipende in modo determinante dal grado di “inspessimento” del testo che siamo disposti a accreditare: dalla misura in cui fatti storici e fatti normativi sono associati (dall’interprete) al “significato” del testo. Come ha spiegato Edward H. Levi, proprio questa è la funzione di una costituzione scritta, quella di fornire la leva per rovesciare prassi e precedenti ormai consolidati nel tempo e che solo il riferimento al testo può consentire di interrompere. Per spezzare le regolarità consolidate in nome della regola. (BIN, Roberto. **Il fatto nel diritto costituzionale** Disponivel em: < <http://www.robortobin.it/ARTICOLI/Catanzaro2014.pdf> >Accessado em:30/01/2018. P. 30 e segs.)

Conforme visto, o objeto substancial passa a ser uma inovação por não ser o reflexo de uma mera subsunção que cinge direito e fatos, pois a dinâmica social¹⁵⁴⁵ é aderida na pretensão ligada à tutela pela pretensão substancial.¹⁵⁴⁶ Desse modo, o objeto pode ser, no que toca ao conteúdo, *fundamentado/formado substancialmente* (indutivo posto ao desvelamento) *ou formalmente* (dedutivismo metodológico), e sempre no tempo e na forma a qual foi permitido pela normativa, o réu pode e deve opor-se as pretensões do autor, negando o seu fundamento e formando o *objeto do debate processual* (ação e reação): assim ocorre o fenômeno da colaboração reativa, para que em um jogo processual venha ser desvelamento o fenômeno conflitológico de interesses e seja garantido o debate pela boa-fé processual e pelo contraditório constitucionalizado.

Do que será demonstrado, romper-se-á a figura do *litigio* – lide como direito subjetivo – por uma simples e inovadora visão do denominado <fenômeno conflitológico de interesses>, cuja revisão consiste em dotar de novos sentidos ambas as figuras por uma ampla ressignificação de sentido: o fenômeno conflitual expressa o sentido do conflito como *policêntrico* e visa superar a *bipolaridade* contraproducente^{1547, 1548}.

¹⁵⁴⁵Alguna vez señaló el maestro bonaerense Pedro Bertolino que las ideas que hoy se rotulan como activistas o eficientistas “se preocupan más por la existencia que por la esencia de las instituciones procesales”, y tenía razón. Sin darnos cuenta cabalmente, quien esto suscribe –y muchos otros– nos interesamos en mayor medida “por conocer el proceso y su circunstancia y no tan sólo por indagar sobre el proceso “cómo debería ser”. Dicho de otro modo: nos resulta más atractivo bucear en el proceso-real que en el proceso-virtual o programa, según el elegante decir de Barrios de Ángelis”. Cabe acotar que resulta difícil consignar caracteres definidos al existencialismo. Las diversas manifestaciones existencialistas provienen, por derivación inmediata o por condicionamiento problemático, de la especulación teológica filosófica del pensador danés Soren Kierkegaard. De todos modos, debe admitirse que las primigenias ideas de Kierkegaard encontraron un feraz y extenso desarrollo en Jaspers, Heidegger, Sartre y Unamuno. Ciertamente es que los mencionados pensadores no siempre coinciden entre sí, pero al menos concuerdan en algo: esta nueva filosofía centra su problemática en el hombre concreto. El punto de partida no va a ser el cogito, sino el sum, en que el propio ego consiste. El sum se encuentra implantado en una situación que le es impuesta. Esta situación, única para cada hombre, es irrenunciable e incambiable. También a nosotros – y no estamos solos– nos convoca y entusiasma el proceso concreto, la necesidad de diseñar un Derecho procesal de excepción llegado el caso y la conveniencia de estar atentos permanentemente a las circunstancias reinantes que puedan legitimar ajustes en los mecanismos procesales predispuestos. Hacer Justicia en serio reclama como presupuesto insoslayable recuperar el interés por el proceso y por su circunstancia o situación, como preferirían decir los pensadores existencialistas. Concebimos al existencialismo procesal como una visión dinámica del fenómeno procesal, que viene a posibilitar la mejoría y el cambio en el funcionamiento del Servicio de Justicia. (PEYRANO, Jorge W. Acerca de los “ismos” en Materia Procesal Civil. **Themis- Revista de Derecho**, Perú, 1967, n.º 58. P.23-27. P. 26)

¹⁵⁴⁶La exigencia de la subordinación a un interés propio de un interés ajeno puede estar por así, independientemente de su conformidad con el orden jurídico. La pretensión sin fundamento es siempre una pretensión; por lo demás, si en el campo de la fuerza puede tener fortuna, en el del derecho es una pretensión inerte e inútil. El arma con que la pretensión se opera en el campo del derecho, es la razón. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso**. Volume I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. P. 30)

¹⁵⁴⁷A ideia do policentrismo posto ao fenômeno conflitual, foi construída por: PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral.

¹⁵⁴⁸Tanto mérito quanto lide se formam e se desenvolvem até em tão junto a construção de um Processo contraproducente, que apresenta bipolaridade no tocante às partes e bipolaridade no sentido “ganhar e perder” a disputa.

A aderência desse fenômeno ao direito, sob o ângulo proposto, conecta-se ao aumento e constante revitalização de angústias e na hierarquização dos bens na sociedade que causam o aumento dos conflitos de interesse, fruto de uma época de incertezas¹⁵⁴⁹ e complexidades¹⁵⁵⁰:

Pode, pelo contrário, acontecer que a posição favorável à satisfação de uma necessidade, em vez de favorável exclua a posição favorável à satisfação de uma outra necessidade. Esta possibilidade deriva da limitação dos bens relativamente às necessidades. É da natureza dos homens que as suas necessidades cresçam na medida que crescem os seus bens. É esta a razão da infelicidade, ao mesmo tempo da igualdade e do progresso humanos. A limitação dos bens em comparação com as necessidades põe precisamente muitas vezes ao homem ao dilema de saber qual, de dentro de suas de suas necessidades, deve ser satisfeita e qual sacrifica. Assim se delinea o conflito entre dois interesses da mesma pessoa.¹⁵⁵¹

As diversas *teorias* que se manifestam no que se refere ao *objeto do processo* e ao *objeto do debate processual* apresentam uma multiplicidade de conceituações, formulações, elementos e aspectos, sendo que cada uma segue uma tendência ligada a seu tempo. A *teoria dos jetos*, dentre as conceituações, é capaz de realizar uma *desleitura reflexiva* do *objeto processual* (mérito) pelo *objeto do debate processual* (lide), propondo-se para tal uma leitura filosófica dos *jetos* com proximidade à hermenêutica filosófica, uma vez que ambas detêm uma ontologia: a teoria dos *jetos* de um objeto essencial ao *jeto*, e a hermenêutica filosófica tem como ontologia fundamental a existência.

A teoria dos *jetos* deve desvelar e desprender os *prefixos* e *suffixos* que ou objetificam ou subjetificam o *jeto* essencial, esse seria tido como um desvelamento em que se aplica a *epoché* (ou, palipsisto) retirando os seus vícios metafísicos apregoados à objetividade e à subjetividade para se chegar a possibilidade de horizontes, assim com o objeto do debate processual pode-se em um jogo dialético-dialogal reflexivo processual desprejar-se dos vícios da contemporaneidade, possibilitando com a fundamentação da decisão a um horizonte de possibilidade, fazendo do Processo gênese do Direito pelo desvelamento do fenômeno (por uma visão da antropologia filosófica).

¹⁵⁴⁹BAUMAN, Zygmund. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999; BAUMAN, Zygmund. **Las Consecuencias Perversas de la Modernidad**. Modernidade, Contingencia y Riego. Barcelona: Anthropos, 1996; BAUMAN, Zygmund. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; BAUMAN, Zygmund. **Vidas desperdiçadas**. La modernidade y sus parias. Buenos Aires: Paidós, 2003.

¹⁵⁵⁰Cada circunstancia de la vida humana es una muestra de la necesidad de superar la complejidad impura y la simplicidad pura obteniendo una complejidad pura. La complejidad impura construye el objeto jurídico mezclando normas, realidad social y valores o al menos dos de estos despliegues. La simplicidad pura considera sólo uno de ellos, como lo hace en gran medida con las normas la teoría “pura” del Derecho. (CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011. P. 11)

¹⁵⁵¹CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P.89.

A diferença entre objeto do processo formal e substancial¹⁵⁵² relaciona-se intimamente no sentido que expressam e são o fruto da rigidez que perpassa o direito: o formal apregoa-se à *lex* e à democracia representativa dimensionada em um Estado-Legislador, que cria direitos subjetivos, sendo este o chamado “*andar sob o amarelo desértico*” (um andar em voltas e sem sentido); já no que se refere ao objeto do processo substancial, este vem ser tido como um possibilitador de horizontes, com o jogo dialético-dialogal junto ao objeto do processo como diferenciação. O objeto do processo substancial e o objeto do debate são *possibilidades* de gênese do direito pelo fenômeno conflitual apresentado que, distinto da *lex*, apregoa-se ao *ius*. A partir do posto, o objeto do processo formal pode sofrer ampliação interpretativa no tocante ao direito subjetivo ou de outro modo ampliar-se junto ao objeto do debate processual.¹⁵⁵³ A criação do direito, pelo direito objetivo processual, isto posto, ocorre tanto pela *criação textual* interpretativa inter-relacionada entre texto e contexto pela norma individual.

Ocorre um desocultamento do fenômeno com o jogo processual de perguntas e respostas e assim se chegará aos horizontes possibilitadores para a construção de adaptação existencial.¹⁵⁵⁴ O direito ganha o respeito real de adaptação existencial - *que é carne, e não metal* - participante de nossas fraquezas demasiadamente humanas, mesmo quando isto imponha-se por crises, para que não tenha e não venha a ser o *todo*.¹⁵⁵⁵

¹⁵⁵²Quanto à diferenciação entre formal e substancial, ver: AMICOLO, Romina. **La Crisi del Formalismo, la Rivolta dell'Antiformalismo e la Ricerca dell'Equilibrio**. Napoli: Università degli Studi di Napoli Federico II, 2008. Tesi di Dottorato. 249 p. Disponível em: <<http://www.fedoa.unina.it/3990/>>. Acesso em: 13/02/2018.

¹⁵⁵³LEX E IUS. – O conhecimento da lei é conhecimento indireto, imperfeito e parcial do direito, porque a lei não é conteúdo efetivo da ciência jurídica, como o documento constitui simples elemento de cognição indireta e não o conteúdo efetivo da história. Daí a diferença específica entre os que interpretam a lei e pretendem construir a ciência de raciocínio e os que revocam a indagação jurídica à trilha da observação (análise), da indução e da experiência. Leis escritas nada mais são que os traços exteriores, mais ou menos acidentais, do conteúdo real do direito objetivo: de maneira que se há mister extrair toda a soma de realidade que elas representam, sem nos privarmos de buscar fora das leis tudo que possa completar a porção, talvez pequena, que dela tiramos. Pode ocorrer: 1) Que a lei, síntese admirável e fecunda, de toda a realidade, é todo o direito objetivo: e caiba ao interprete a simples adequação do princípio aos casos concretos: *ius = lex*. 2) Que todo o direito ou mais do que todo o direito esteja na lei, ou, pelo contrário, que pouco se lhe encontre ou quase tudo esteja noutras fontes e manifestações da realidade e da verdade jurídica: *lex >< ius*, isto é, no último caso, lei menos, ou no primeiro, o que seria difícil, maior que o direito. 3) Que, apesar da existência material (proposição escrita) e espiritual (intenção) da lei, nenhuma verdade possa tirar-se dela; e então não há comparação possível: a *lex* não é maior nem menor que o direito, e muito menos igual; trata-se de diferença essencial, que os faz heterógenos e insusceptíveis de análise conjunta: não pertence ao direito-ciência o estudo de tal lei, mas ao capítulo da política, referente à teratologia. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 289-290).

¹⁵⁵⁴MIRANDA, Pontes de. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. 2º ed.. Campinas: Bookseller, 2005; SANCHO, Jesus Conill. **Ética Hermenéutica**. Madrid: Tecnos, 2010; HEIDEGGER, Martín. **Ontología**. Hermenéutica y Facticidad. 1º ed. Alianza Editorial, 1999; STEIN, Ernildo. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

¹⁵⁵⁵La rubrique de cette partie évoque l'opposition entre le Droit à majuscule et le droit à minuscule, selon la distinction typographique d'autrefois (qui est en passe de se perdre, les deux s'alignant sur la minuscule, et cela même peut n'être pas dépourvu de signification). En termes techniques, c'est du droit objectif et du droit subjectif qu'il s'agit. Il n'est pas indifférent à la sociologie, qui se veut aussi psychologie sociale, de constater que le grand a besoin du petit, que le droit est phénomène non pas seulement collectif, mais personnel. Objectif ou subjectif,

A ciência na atualidade é um dos instrumentos da diminuição do despotismo; e, por sua vez, a impõe tangencial diminuição do despotismo, e assim torna possível e facilita a intervenção da ciência no trato dos problemas sócio-políticos. Ocorre de tal modo um aumento pela investigação científica¹⁵⁵⁶, a qual, politizou-se até o ponto que já não se pode ver os objetivos da política nem os da ciência.¹⁵⁵⁷ Corrobore-se, que a própria técnica do direito se modifica. Toda lei, convertida em lei de ordem público tem de assumir um aspecto científico de uma regra jurídica necessária.¹⁵⁵⁸

Com a evolução científica hoje e graças ao aperfeiçoamento das técnicas de investigação adquiridas pela Ciência Processual não se pode evitar que as atividades sejam definidas em níveis completamente distintos: **a.1)** de invocação (alegação) de uma certa fonte do direito; **a.2)** de invocação (alegação) de uma determinada norma que é declarada aplicável ao caso concreto; **b.1)** de conhecimento (prova) do direito no mero plano da cognição de suas fontes; **b.2)** de conhecimento do direito como a detecção e individualização da norma a ser aplicada ao caso concreto; e finalmente; **c)** de aplicação específica *regula iuris* ao caso levado ao conhecimento do juiz; ou seja, o objeto do processo pode manifestar-se em uma fonte de direito objetivo e pode ser tido como alegação para o desenvolvimento da lide.

A norma individual é o que vem a gerar uma “dinâmica” do caso-problema ao sistema normativo, norma criada pela via interpretativa, na aplicação do direito, que pode ser considerada também como ato criativo¹⁵⁵⁹. Por este motivo, pode-se afirmar, mediante uma visão normativista, que o direito é a um conjunto de normas as quais impõem deveres e faculdades e que busca a adaptação existencial e social pela criação da normativa geral e individual.

A atividade de conhecimento do direito por parte do juiz é realizada a partir da administração da justiça, tendo como resultado a construção da norma individual¹⁵⁶⁰ que

cependant, le droit n'apparaîtra pas ici comme un droit en majesté. Troublé dans ses origines, vacillant dans sa force, incertain dans son application, toujours tourmenté - ce n'est pas la coulée de bronze que décrivent les juristes dogmatiques. La sociologie du droit manque-t-elle d'égards à son objet en lui tendant le miroir? Le droit gagnera en respect véritable s'il se montre tel qu'il est, chair et non métal, participant de nos faiblesses, humain, trop humain, même quand il lui arrive, par crises, de ne pas l'être du tout. (CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit**: por une sociologie du droit sans rigueur. Paris: LGDJ, 1995. P.105)

¹⁵⁵⁶MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Introdução à Ciência Política Científica**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 239 e 242-243.

¹⁵⁵⁷LATOUR, Bruno. **La Esperanza de Pandora**. Ensaio sobre la Realidad de los Estudios de la Ciencia. Barcelona: Gedisa, 2001. P. 356.

¹⁵⁵⁸RIPERT, Georges. **Evolución y Progreso del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. P. 28.

¹⁵⁵⁹KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 193.

¹⁵⁶⁰The social importance of the justice system is reflected by its significance in literature. Civil justice texts are replete with quotes from Bentham, Shakespeare, Dickens and Kafka. The permeation of justice and justice system issues throughout literature could be a manifestation of Jacob's 'transcendent' importance of civil justice. The

utilizará como parâmetro para a condução da decisão. O modo de conhecimento posto a partir do objeto do processo (formal e substancial) envolve perspectivas completamente diferentes das que habitualmente se segue, para as quais vige com legítima autoridade o brocardo *iura novit curia*, no sentido realização do *ius facere* na construção da decisão. O conhecimento das fontes e sua interpretação é certamente uma tarefa típica da Jurisdição, em particular quando é exercida a função jurisdicional, precisamente em consideração de seus conhecimentos técnicos.¹⁵⁶¹

O *ius facere* do Estado-Juiz (reflexivo) limita-se a governabilidade das partes com a proteção e tutela de garantias constitucionais do processo. O governo das partes como cidadãos ativos acaba por evidenciar a dilatação dos fenômenos, ou seja, apresentam a dinamização e a produção de contextos, os quais desocultam os textos saturados da lei, pela norma individual.

significance of the civil justice system is also reflected in the majesty of court buildings – in the iconography of justice. But the question is, important in what way? Does the civil justice system have practical significance to the everyday resolution of trouble and disputes? Is it of significance because it offers the ultimate backstop providing a sense of order and security? The answer is that it is of significance because the law fixes obligations and duties through rules governing social and economic and governmental behaviour. It is of significance because it is in the light of those rules that people arrange their affairs and seek to avoid disputes. The significance lies in the individual decisions affecting the lives of private citizens, businesses and public bodies and, more importantly in social terms, in the authoritative rulings of the judiciary together with their articulation of their reasoning and the principles applied. (GENN, Hazel. **Judging Civil Justice**. Cambridge, New York, 2010. P. 19-20)

¹⁵⁶¹Con la sensibilità odierna, tuttavia, e grazie all'affinamento delle tecniche d'indagine acquisite dalla scienza processuale, non può sfuggire che si pongano su piani completamente diversi le attività: a.1) d'invocazione (allegazione) di una certa fonte del diritto; a.2) d'invocazione (allegazione) di una certa regola (norma) che si afferma applicabile al caso concreto; b.1) di conoscenza (prova) del diritto sul mero piano della cognizione delle sue fonti; b.2) di conoscenza del diritto come rilevazione ed individuazione della regola (norma) da applicarsi al caso concreto; ed, infine, c) di applicazione della specifica regola iuris al caso sottoposto all'attenzione del giudice. Si badi che noi intendiamo per attività di conoscenza del diritto da parte del giudice, quella da lui svolta in assoluta libertà ed avente come risultato la costruzione della regola che egli utilizzerà come parametro per lo svolgimento del giudizio conclusivo. Ebbene, non sono d'interesse per il presente studio i problemi posti dalle attività che riguardano i modi della conoscenza del diritto, sotto entrambi i profili evidenziati, in quanto essi involgono prospettive del tutto differenti rispetto a quelle qui seguite e, per le quali, non ci si sente di dubitare della vigenza del p. *iura novit curia*, nel senso, cioè, che sia certamente compito del giudice quello di svolgere, in modo autonomo, le attività legate alla costruzione di quello che diverrà il criterio del suo giudizio. D'altronde, è da considerarsi vero che la conoscenza delle fonti e la loro interpretazione è certamente un compito tipico della giurisdizione, in particolare quando essa viene esercitata da funzionari di professione, scelti proprio in considerazione delle loro conoscenze tecniche, così come avviene nel nostro ordinamento. Non si può, inoltre negare che la questione abbia perso buona parte del proprio fascino (e delle incertezze ad essa connesse) in seguito all'introduzione, ad opera della legge di riforma del diritto internazionale privato, di due articoli che regolano in modo esplicito tale attività, proprio in quel settore – appunto quello della conoscenza della legge straniera da parte del giudice italiano che maggiormente aveva animato – il dibattito sul punto. (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p.149-151)

De fato, para poder reconhecer o Processo como legítimo pela Democracia participativa¹⁵⁶², o cidadão judicante,¹⁵⁶³ além de deter um direito subjetivo preexistente para

¹⁵⁶²[...] a função do processo democrático é exatamente permitir que se vão descobrindo os preceitos necessários à prosperidade e à paz entre os homens, que se preparem as inteligências e os sentimentos para a recepção rápida de tais conquistas e que se alcancem regras de fundo que liguem os indivíduos. O que caracteriza a era democrática é, precisamente, a obra de ligar entre si, livremente, os homens. Já não é o religar por dentro (religião), ou por vagas convicções comuns (direito natural, opiniões de doutores) – é o ligar por fora, sem prender os espíritos, rumando-os por movimentos interiores, espontâneo, deles. Isso exige permanente transição, porém transição que constitui amontoamento de ciência, de técnica, de economia de esforços, de multiplicação da produtividade, de tudo que a inteligência faz dominado as forças. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. (Os Três Caminhos). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 183)

¹⁵⁶³El ciudadano no es, como en el liberalismo, el receptor pasivo de derechos específicos y que goza de la protección de la ley. No se trata de que esos elementos no sean pertinentes, sino de que la definición del ciudadano cambia porque ahora el énfasis recae en la identificación con la república. Es una identidad política común de personas que podrían comprometerse en muchas empresas diferentes de finalidad y que mantengan distintas concepciones del bien, pero que en la busca de sus satisfacciones y en la promoción de sus acciones aceptan el sometimiento a las reglas que prescribe la república. Lo que los mantiene unidos es su reconocimiento común de un conjunto de valores ético-políticos. En este caso, la ciudadanía no es sólo una identidad entre otras, como en el liberalismo, ni la identidad dominante que se impone a todas las otras, como en el republicanismo cívico. Es un principio de articulación que afecta a las diferentes posiciones subjetivas del agente social (como mostraré cuando analice la distinción público/privado), aunque reconociendo una pluralidad de lealtades específicas y el respeto a la libertad individual. Sin embargo, puesto que hablamos de política, habrá formas competitivas de identificación vinculadas a diferentes interpretaciones de la república. En un régimen democrático liberal podemos pensar que la república está constituida por los principios políticos de ese régimen: igualdad y libertad para todos. Si damos semejante contenido a la noción de república en Oakeshott, podemos afirmar que las condiciones a satisfacer y tomar en cuenta a la hora de actuar se reducen a la exigencia de tratar a los otros como personas libres e iguales. Esto está sin duda abierto a interpretaciones potencialmente muy claras. Por ejemplo, una interpretación democrática radical enfatizará las múltiples relaciones sociales en que se dan y han de ser contestadas las relaciones de dominación si se quieren aplicar los principios de libertad e igualdad. Eso llevaría al reconocimiento, entre los diferentes grupos que luchan por la extensión y radicalización de la democracia, de que tienen un interés común y que al elegir sus acciones debieran adherirse a ciertas reglas de conducta; en otras palabras, debería construir una identidad política como ciudadanos democráticos radicales. La creación de las identidades políticas como ciudadanos democráticos radicales depende, pues, de una forma colectiva de identificación entre las exigencias democráticas que se encuentra en una variedad de movimientos: de mujeres, de trabajadores, de negros, de gays, ecologistas, así como en otros «nuevos movimientos sociales». Es una concepción de ciudadanía que, a través de una identificación común con una interpretación democrática radical de los principios de libertad y de igualdad, apunta a la construcción de un «nosotros», una cadena de equivalencias entre sus demandas, a fin de articularlas a través del principio de equivalencias democráticas. Pues no es cuestión de establecer una mera alianza entre intereses dados, sino de modificar realmente la identidad misma de estas fuerzas. Esto es algo que muchos liberales pluralistas no entienden porque son ciegos a las relaciones de poder. Están de acuerdo acerca de la necesidad de extender la esfera de los derechos a fin de incluir grupos excluidos hasta el momento, pero no ven en esto nada más que un suave proceso de inclusión progresiva en la ciudadanía: lo típico, según dice T. H. Marshall en su famoso artículo «Citizenship and Social Class». El problema de este enfoque es que ignora los límites que impone la extensión del pluralismo debido a que algunos de los derechos existentes se han constituido en la auténtica exclusión o subordinación de los derechos de otras categorías. Para reconocer nuevos derechos es preciso primero des construir esas identidades. Para hacer posible la hegemonía de las fuerzas democráticas hacen falta nuevas identidades, y aquí abogo por una identidad política común como ciudadanos democráticos radicales. Entiendo por esto una identificación colectiva con una interpretación democrática radical de los principios del régimen democrático liberal: libertad e igualdad. Semejante interpretación presupone que esos principios se entienden de manera tal que se tome en cuenta las diferentes relaciones sociales y las distintas posiciones subjetivas en que son pertinentes: género, clase, raza, etnicidad, orientación sexual, etc. Sólo es posible formular adecuadamente un enfoque de esta naturaleza en el marco de una problemática que no conciba el agente social como sujeto unitario, sino como la articulación de un conjunto de posiciones objetivas, construidas en el seno de discursos específicos y siempre de manera precaria y temporal, suturada en la intersección de esas posiciones subjetivas. Únicamente mediante una concepción no esencialista del sujeto que incorpore la visión psicoanalítica según la cual todas las identidades son formas de identificación, podemos plantear la cuestión relativa a la identidad política de una manera fructífera. También hace falta una perspectiva no esencialista relativa a las nociones de república, sociedades y comunidad política. Pues es decisivo no verlos como referentes empíricos, sino como superficies discursivas.

formar o *objeto do processo formal* ou *substancial* pela situação jurídica substancial (mérito – apregoado a atividade do autor) acumulado com o *objeto do debate processual* (*litis* – lide – apregoado à atividade das partes), as partes colaborativamente desvendam o fenômeno conflitológico de interesses – o que faz manifestar um julgador imparcial no desocultamento do fenômeno: *nemo iudex in re sua*. Disso se tem uma necessidade ontológica que é soberbamente esculpida na consciência dos seus espectadores através de metáforas vivas, as quais são representadas alegoricamente, o que restitui a razão, a lei, a ordem: em outras palavras, o juízo em sua essência mais profunda é irredutível em sua essência dedutiva e lógica apregoada ao positivismo. Essa doce ilusão, paradoxalmente, revela o engano e indica a verdade, a monstruosidade que projeta para fora de si o Processo Revolucionário¹⁵⁶⁴, que das suas contradições intrínsecas e desumanas nascem revoluções legitimadoras do Processo como gênese do direito.¹⁵⁶⁵

Cualquier otra cosa haría completamente incomprendible el tipo de política que aquí se postula. A esta altura, la concepción democrática radical de ciudadanía conecta con los debates actuales acerca de la «posmodernidad» y la crítica del racionalismo y el universalismo. La nueva ciudadanía que propongo rechaza la idea de una definición universalista abstracta de particularidad y de diferencia. Considera que, aunque sin duda la idea moderna de ciudadano fue radical para la revolución democrática, hoy en día es un obstáculo para su extensión. Como han argumentado las pensadoras teóricas feministas, el dominio público de la ciudadanía moderna se basó en la negación de la participación de las mujeres." Esta exclusión se consideraba indispensable para postular la generalidad y la universalidad de la esfera pública. La distinción público/privado, fundamental en la afirmación de la libertad individual, también condujo a la identificación de lo privado con lo doméstico y desempeñó un papel importante en la subordinación de las mujeres. A la idea de que el ejercicio de ciudadanía consiste en adoptar un punto de vista universal, que se ha equiparado a la razón y se ha reservado a los hombres, opongo la idea de que consiste en identificarla con los principios ético-políticos de democracia moderna y que puede haber tantas formas de ciudadanía como interpretaciones de esos principios. (MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político: Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical**. Barcelona: Paidós, 1999. P. 102-104)

¹⁵⁶⁴Satta concebiste il proceso come racconto, in sintonia peraltro con Gide, pur senza reciproche, palesi influenze. Ed è proprio per questo che lo stesso processo finisce per diventare fine a se stesso, come tutti i racconti meritevoli di tale dominazione. Potrebbe, a prima vista, apparire fuorviante l'osservazione (anche sattiana) che il processo tende al giudizio (sicché, almeno apparentemente, non sarebbe fine a se stesso). Ma in realtà non v'è in ciò alcunché di fuorviante, perché processo e giudizio s'identificano ontologicamente, come due parti di un'unica sostanza, al pari di come il racconto finisce per identificarsi, al di là delle distinzioni nominalistiche, con la propria conclusione. Giudizio è la denominazione specifica dell'epilogo del racconto processuale; ma al di là di tale specificazione semantica esso è nient'altro che la morale della favola, la favola del vissuto. Dire, insomma, che il processo tende al giudizio, è dire che tende a se stesso. Il processo, perciò, è un'articolazione del racconto di una vita umana, scandita nell'immobilità della durata del tempo. Un quid che ha fascino del racconto, perché riconduce all'immobilità del presente una pregressa vicenda umana, facendola così rivivere in forma cristallizzata, così come mi è parso appropriato, quel singolare fenomeno. Con la sola aggiunta – legittima, dopo acquista la certezza dell'approccio sattiano alla ricordata dottrina bergsoniana della considerazione del tempo come durata della coscienza – che l'idea dell'eternità del racconto, poi resa esplicita ne Il giorno del giudizio, già aleggiava nella mente del Satta allorché elaborò l'intuizione relativa alla misteriosità del processo (CORDA, Mario. **La Filosofia della Vita in Dimensione Esistenzialista**: Salvatore Satta Filosofo. Roma: Armando Editore, 2004. P. 64-65)

¹⁵⁶⁵Infatti, per poter riconoscere il processo come legittimo, il soggetto giudicante, oltre a preesistere all'oggetto da giudicare, deve essere terzo ed imparziale: *nemo iudex in re sua*. Questa necessità ontologica viene superbamente scolpita nelle coscienze degli astanti tramite la raffigurazione allegorica, che ci restituisce la ragione, la legge, l'ordine: in altre parole, il giudizio nella sua più profonda ed irriducibile essenza. L'illusione svela, paradossalmente, l'inganno e indica la verità, la mostruosità del processo rivoluzionario, la sua intrinseca, inumana contraddittorietà. (GRADI, Marco. Cornelis Saftleven e l'allegoria del processo. Disponível em: <https://www.academia.edu/9663672/Cornelis_Saftleven_e_l_allegoria_del_processo> Acessado em: 30/01/2018. p. 159).

Assim, os fenômenos jurisdicionais se apregoam ao cabedal constitucional e nada tem evoluído a jurisdição em seu âmago. Os únicos institutos que dela tomaram espaço e vieram a transformar-se com o tempo foram a sua dilapidação no tocante à função jurisdicional e a administração da justiça - uma se dá na decisão judicial pela autoridade do juiz, e outra se dá no desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses pelo objeto do debate processual.

Até antes da transição *jurisdição-processo*, o Estado-Juiz era tido como protagonista, ou seja, com maior destaque no exercício de suas atividades, no período chamado e conhecido como “*Vocação à Jurisdição*”¹⁵⁶⁶, cujo grande marco foi a ascensão do fenômeno cunhado como Ativismo Judicial. O ativismo judicial, fruto da juridicização da vida, nos últimos tempos, foi o responsável por trazer aos Tribunais grandes debates de significação política, em razão do amplo reflexo social dos debates.¹⁵⁶⁷ Ocorro que na atualidade, cabe uma ruptura no núcleo central do ativismo judicial com relação ao protagonismo do Estado-Juiz.¹⁵⁶⁸

Em um processo que se desenvolve com foco extremado na jurisdição a centralidade no desenvolvimento processual se redimensiona no ato de julgar (política no ato de julgar). Esse grande foco é responsável por causar grandes distorções do direito, pois sedimenta decisões

¹⁵⁶⁶A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. (DINAMARCO, Cândido R. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 88-89)

¹⁵⁶⁷O direito pós-moderno se apresenta como um direito pragmático, sustentado por uma vontade de ação sobre o real; essa preocupação de eficácia modifica a concepção tradicional da normatividade: à rigidez toma lugar a flexibilidade e à estabilidade a adaptabilidade. Esse direito aparece como um "outro direito" (G. TIMSIT, 1996), não tendo mais nada a ver com o "direito regulamentar" clássico; sucedendo ao direito "abstrato, geral e desencarnado", "direito jupiteriano" (F. OST, 1996), exprimindo a transcendência estatal, ele será caracterizado "por sua adaptação ao concreto, sua aproximação aos indivíduos, sua adequação ao contexto das sociedades que ele pretende reger". Esse pragmatismo influencia as condições de emprego da técnica jurídica: enquanto o espaço do direito convencional experimenta uma constante ampliação, os destinatários são cada vez mais frequentemente associados ao processo de elaboração das normas e os modos de comando tradicionais são substituídos por procedimentos informais de influência e de persuasão. (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. P. 160)

¹⁵⁶⁸Resulta, pois, que a teoria geral do processo, referindo-se embora a todos os quatro institutos fundamentais do direito processual, recebe uma limitação que muito mais se associa a um deles do que aos demais (a jurisdição, que é indicada como um dos institutos básicos do direito processual...jurisdicional, constitui manifestação do poder, que é conceito bem mais amplo). Onde há o exercício do poder, mediante a realização de um procedimento, há sempre também a sujeição de alguma pessoa: sujeição ao processo mesmo, que ela não pode evitar (litispêndia, inevitabilidade do poder), sujeição às diversas manifestações do poder em atos específicos inerentes ao processo (inclusive constringências), sujeição à eficácia do ato final preparado mediante o procedimento. A sujeição é o contraposto negativo do poder e sem ela sequer haveria espaço lógico para conceber-se o exercício deste. Ora, constitui máxima democrática a limitação do poder e da sujeição, como culto ao valor liberdade, inerente ao Estado de direito. E assim não sendo legítimo o exercício indiscriminado do poder (porque não é absoluto) têm-se garantias da participação daquele que está em estado de sujeição e da observância dos modelos das atividades inerentes ao exercício do poder, no contexto desse exercício é que assume significado relevante: é para assegurar a participação e conter a tendência dos casos concretos. Daí a dialética que se tem nos procedimentos que canalizam o poder, especialmente nos jurisdicionais, onde a existência de partes contrapostas e sujeitas ao juiz imparcial evidencia com extrema clareza os pólos das teses e antítese, em convergência à síntese imperativa. (DINAMARCO, Cândido R. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 95)

consequente de uma filosofia da consciência. A fiscalização dessas decisões não alcança à sociedade, pois esta se torna refém de casos de decisionismo posto pelos Tribunais, uma vez que o debate processual não vincula também a decisão judicial. A fim de superar esse modelo, o novo enfoque a ser dado aos fenômenos no processo é mediante a dinâmica processual.

Pode-se dizer que foi o ativismo judicial o fenômeno responsável que impulsiona a centralidade política na *dinamicidade processual*, retirando a centralidade política do Estado-Juiz no que toca às atividades da Jurisdição (função e administração da justiça), e passando para um governo das partes. Por isso dizer que ocorre uma descentralização da Jurisdição e uma centralização ao processo, cunhado como “da jurisdição ao processo”, pois retira-se o foco da atuação do Estado-Juiz passando para o foco na atuação das partes.

A impulsão dada pelo Ativismo em um reconhecimento das interações a das exasperações ocasionadas junto às interações sociais e complexas, apresenta-se como metáforas vivas à gramática processual em um sem número de problemas existências que se apregoam às necessidades do ser e produzem angústias e desejos imensuráveis no tocante ao legislativo e à própria jurisdição, devendo os mesmos nascerem como fenômeno conflitual. A política adentra no processo pela dinâmica processual e o Estado-Juiz vem pelo filtra da administração, equiparando-se às partes, pois o governo processual das partes reflete na função judicial (*auctoritas*) que ultrapassa os direitos dos limites legais, criando o direito processual legal.

A grande transformação fica evidente com a concepção de “*Processo como vocação de nossos tempos*”, brocardo que defende que o Estado-Juiz é posto à dinamicidade do governo das partes mediante o processo. Por esta nova concepção do direito processual, o Estado Ativo-Responsivo dimensionado no processo como vocação dos nossos tempos, tem como principal missão a superação da exegese que é tida como fundadora da Ciência Positiva que se voltou à produção do Direito como Lei.

Essa produção ainda afeta de modo profundo a construção do conhecimento de advogados e cientistas ao remeter a atividade de ambos a mera manipulação de textos, por onde substituem o mundo externo pela exegese vincada ao paradigma científico cartesiano-matemático em mera subsunção na atividade interpretativa. Em um universo textual que tem a dupla peculiaridade de estar tão intimamente ligado ao fenômeno que pode ocupar seu lugar (interpretação), a filosofia predominante ainda torna inteligível por não haver um trabalho de interpretação contínuo.

Interpretar, reflexo natural do *existir*, tanto para os cientistas quanto para os juristas gera incessante novos textos, cuja qualidade, ordem e coerência aumentarão, porém, paradoxalmente, aumenta a complexidade, a desordem e a incoerência do *corpus*, o que deixa

aos seus sucessores o trabalho de *Sísifo*¹⁵⁶⁹ ou *Penélope*. Costura, tecelagem, revisão e revisão de Exegeses, mãe da Ciência e do Direito.¹⁵⁷⁰

¹⁵⁶⁹Los dioses habían condenado a Sísifo a subir sin cesar una roca hasta la cima de una montaña desde donde la piedra volvía a caer por su propio peso. Habían pensado con algún fundamento que no hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza. Si se ha de creer a Homero, Sísifo era el más sabio y prudente de 105 mortales. No obstante, según otra tradición, se inclinaba al oficio de bandido. No veo en ello contradicción. Difieren las opiniones sobre los motivos que le llevaron a convertirse en el trabajador inútil de los infiernos. Se le reprocha, ante todo, alguna ligereza con los dioses. Reveló los secretos de éstos. Egina, hija de Asopo, fue raptada por Júpiter. Al padre le asombró esa desaparición y se quejó a Sísifo. Este, que conocía el rapto, se ofreció a informar sobre él a Asopo con la condición de que diese agua a la ciudadela de Corinto. Prefirió la bendición de agua a los rayos celestiales. Por ello le castigaron enviándole al infierno. Homero nos cuenta también que Sísifo había encadenado a la Muerte. Plutón no pudo soportar el espectáculo de su imperio desierto y silencioso. Envío al dios de la guerra, quien liberó a la Muerte de las manos de su vencedor. Se dice también que Sísifo, cuando estaba a punto de morir, quiso imprudentemente poner a prueba el amor de su esposa. Le ordenó que arrojara su cuerpo insepulto en medio de la plaza pública. Sísifo se encontró en los infiernos y allí, irritado por una obediencia tan contraria al amor humano, obtuvo de Plutón el permiso para volver a la tierra con objeto de castigar a su esposa. Pero cuando volvió a ver el rostro de este mundo, a gustar del agua y del sol, de las piedras cálidas y del mar, ya no quiso volver a la oscuridad infernal. Los llamamientos, las iras y las advertencias no sirvieron de nada. Vivió muchos años más ante la curva del golfo, la mar brillante y las sonrisas de la tierra. Fue necesario un decreto de los dioses. Mercurio bajó a la tierra a coger al audaz por el cuello, le apartó de sus gozos y le llevó por la fuerza a los infiernos, donde estaba ya preparada su roca. Se ha comprendido ya que Sísifo es el héroe absurdo. Lo es tanto por sus pasiones como por su tormento. Su desprecio de los dioses, su odio a la muerte y su apasionamiento por la vida le valieron ese suplicio indecible en el que todo el ser se dedica a no acabar nada. Es el precio que hay que pagar por las pasiones de esta tierra. No se nos dice nada sobre Sísifo en los infiernos. Los mitos están hechos para que la imaginación los anime. Con respecto a éste, lo único que se ve es todo el esfuerzo de un cuerpo tenso para levantar la enorme piedra, hacerla rodar y ayudarla a subir una pendiente cien veces recorrida; se ve el rostro crispado, la mejilla pegada a la piedra, la ayuda de un hombro que recibe la masa cubierta de arcilla, de un pie que la caiza, la tensión de los brazos, la seguridad enteramente humana de dos manos llenas de tierra. Al final de ese largo esfuerzo, medido por el espacio sin cielo y el tiempo sin profundidad, se alcanza la meta. Sísifo ve entonces cómo la piedra descende en algunos instantes hacia ese mundo inferior desde el que habrá de volver a subirla hasta las cimas, y baja de nuevo a la llanura. Sísifo me interesa durante ese regreso, esa pausa. Un rostro que sufre tan cerca de las piedras es ya él mismo piedra. Veo a ese hombre volver a bajar con paso lento pero igual hacia el tormento cuyo fin no conocerá jamás. Esta hora que es como una respiración y que vuelve tan seguramente como su desdicha, es la hora de la conciencia. En cada uno de los instantes en que abandona las cimas y se hunde poco a poco en las guaridas de los dioses, es superior a su destino. Es más fuerte que su roca. Si este mito es trágico lo es porque su protagonista tiene conciencia. ¿En qué consistiría, en efecto, su castigo si a cada paso le sostuviera la esperanza de conseguir su propósito? El obrero actual trabaja durante todos los días de su vida en las mismas tareas y ese destino no es menos absurdo. Pero no es trágico sino en los raros momentos en que se hace consciente. Sísifo, proletario de los dioses, impotente y rebelde, conoce toda la magnitud de su miserable condición: en ella piensa durante su descenso. La clarividencia que debía constituir su tormento consume al mismo tiempo su victoria. No hay destino que no se venza con el desprecio. Por lo tanto, si el descenso se hace algunos días con dolor, puede hacerse también con alegría. Esta palabra no está de más. Sigo imaginándome a Sísifo volviendo hacia su roca, y el dolor estaba al comienzo. Cuando las imágenes de la tierra se aferran demasiado fuertemente al recuerdo, cuando el llamamiento de la felicidad se hace demasiado apremiante, sucede que la tristeza surge en el corazón del hombre: es la victoria de la roca, la roca misma. La inmensa angustia es demasiado pesada para poder sobrellevarla. Son nuestras noches de Getsemaní. Pero las verdades aplastantes parecen de ser reconocidas. Así, Edipo obedece primeramente al destino sin saberlo, pero su tragedia comienza en el momento en que sabe. Pero en el mismo instante, ciego y desesperado, reconoce que el único vínculo que le une al mundo es la mano fresca de una muchacha. Entonces resuena una frase desmesurada: A pesar de tantas pruebas, mi avanzada edad y la grandeza de mi alma me hacen juzgar que todo está bien". El Edipo de Sófocles, como el Kirby de Dostoievski, da así la fórmula de la victoria absurda. La sabiduría antigua coincide con el heroísmo moderno. No se descubre lo absurdo sin sentirse tentado a escribir algún manual de la felicidad. "Eh, cómo! ¿Por caminos tan estrechos...?" Pero no hay más que un mundo. La felicidad y lo absurdo son dos hijos de la misma tierra. Son inseparables. Sería un error decir que la dicha nace forzosamente del descubrimiento absurdo. Sucede también que la sensación de lo absurdo nace de la dicha. Juzgo que todo está bien, dice Edipo, y esta palabra es sagrada. Resuena en el universo feroz y limitado del hombre. Enseña que todo no es ni ha sido agotado. Expulsa de este mundo a un dios que había entrado en él con la insatisfacción y la afición a los dolores inútiles. Hace del destino un asunto humano, que debe ser arreglado entre los hombres. Toda la alegría silenciosa de Sísifo consiste en eso. Su destino le pertenece. Su roca

Desde a caída do império romano, o direito teve como principal consequência as atividades jurídicas baseadas na formação de um conhecimento de seus operadores jurídicos arquitetadas sobre um amplo emaranhado de línguas esotéricas, e junto a isso uma profunda e complexa produção de argumentos em modos cuidadosamente cultivados. Essa construção da linguagem, voltada à aplicação de procedimentos exasperantemente meticulosos, são tidos como os únicos meios que temos de evitar a superficialidade.^{1571,1572}

De outro lado, compreensão pela hermenêutica filosófica, no tocante ao círculo hermenêutico¹⁵⁷³, se usa da pré-compreensão, permeada pela cultura jurídica moderna calcada

es su cosa. Del mismo modo, el hombre absurdo, cuando contempla su tormento, hace callar a todos los ídolos. En el universo súbitamente devuelto a su silencio se devan las mil vocecitas maravilladas de la tierra. Llamamientos inconscientes y secretos, invitaciones de todos los rostros constituyen el reverso necesario y el premio de la victoria. No hay sol sin sombra y es necesario conocer la noche. El hombre absurdo dice "sí" y su esfuerzo no terminará nunca. Si hay un destino personal, no hay un destino superior, o, por lo menos, no hay más que uno al que juzga fatal y despreciable. Por lo demás, sabe que es dueño de sus días. En ese instante sutil en que el hombre vuelve sobre su vida, como Sísifo vuelve hacia su roca, en ese ligero giro, contempla esa serie de actos desvinculados que se convierte en su destino, creado por él, unido bajo la mirada de su memoria y pronto sellado por su muerte. Así, persuadido del origen enteramente humano de todo lo que es humano, ciego que desea ver y que sabe que la noche no tiene fin, está siempre en marcha. La roca sigue rodando. Dejo a Sísifo al pic de la montaña. Se vuelve a encontrar siempre su carga. Pero Sísifo enseña la fidelidad superior que niega a los dioses y levanta las rocas. El también juzga que todo está bien. Este universo en adelante sin amo no le parece estéril ni flitil. Cada uno de los granos de esta piedra, cada fragmento mineral de esta montaña llena de oscuridad, forma por sí solo un mundo. El esfuerzo mismo para llegar a las cimas basta para llenar un corazón de hombre. Hay que imaginarse a Sísifo dichoso. (CAMUS, Albert. **El Mito de Sísifo**. Madrid: Alianza Editorial, 1995. P. 157-159)

¹⁵⁷⁰Before exploring these differences, we should recall the common origin of both legal and scientific practices, the ancestral learning that still constitutes the basic apprenticeship of scientists and lawyers, namely, the manipulation of texts, or of inscriptions in general, which are accumulated in a closed space before being subjected to a subtle exegesis which seeks to classify them, to criticize them and to establish their weight and hierarchy, and which for both kinds of practitioner replace the external world, which is in itself unintelligible. For both lawyers and scientists, it is possible to speak confidently about the world only once it has been transformed – whether by the word of God, a mathematical code, a play of instruments, a host of predecessors or a natural or positive law – into a Great Book, which might equally well be of nature or culture, whose pages have been ripped out and rearranged by some diabolical agency, so that they have now to be compiled, interpreted, edited and rebound. With scientists, as with judges, we find ourselves already in a textual universe which has the double peculiarity of being so closely linked to reality that it can take its place, and yet unintelligible without an ongoing work of interpretation. And for both scientists and jurists this incessant activity generates new texts, whose quality, order and coherence will, paradoxically, increase the complexity, disorder and incoherence of the corpus they leave to their successors, who will themselves have to take on this labour of Sisyphus or Penelope. Stitching, weaving, reviewing and revising of Exegesis, mother of both science and law. (LATOURE, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010. P. 223 e 224-225)

¹⁵⁷¹LATOURE, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010. P.203 e 220-221.

¹⁵⁷²A significação atual que o Direito hodierno utiliza para classificar o que é o direito não possui origem romana, como muitos asseveram, mas data de origem mais recente. Acontece com o vocábulo processo o mesmo que com o vocábulo direito, cujo sentido atual os Romanos já exprimiram pela palavra – *directum* e pelo substantivo *ius*, substituído pelo termo direito no decurso da idade média. No direito romano processo queria apenas dizer “marcha”, “persecução”, “movimento” e nada mais. E de que é fora de toda dúvida que a palavra processo, designando ação judiciária, apareceu pela primeira vez no Direito Canonico, dali passando então para a linguagem dos Tribunais e da Ciência. (GUSMÃO, Manoel Aureliano. **Processo Civil e Comercial**. Volume I. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1926)

¹⁵⁷³El círculo no es, pues, de naturaliza formal; no es subjetivo no objetivo, sino que describe la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete. La anticipación de sentido que gula nuestra comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición. Pero en nuestra relación con la tradición, esta comunidad está sometida a un proceso de continua transformación. No es simplemente un presupuesto bajo el que nos encontramos siempre, sino que

na lei - direito subjetivo – absorvendo as ideologias que deram base ao direito e a justiça pelos símbolos formados - argumentação, valorativismo, subjetivismo – correlacionado o texto pelo contexto, a partir da sobreposição do fenômeno conflitológico de interesses que pela dialética reflexiva serve como produção de direito. O fenômeno desvelar-se-á junto ao jogo processual de perguntas e respostas¹⁵⁷⁴ construída pelas partes, assegurando-se pelo contraditório o exercício de manifestações posta a metáfora viva desmistificada como palimpsesto fosse. A compreensão ocorre em um jogo dialético dialogal reflexivo e se manifesta a atmosfera do objeto do debate do processo.

A decisão manifestará o que envolto desocultou-se junto ao fenômeno conflitual exercendo-se assim o direito objetivo. *Revela-se de tal modo o Processo como Direito*: o processo avança no terreno da existência, chegando a romper o Direito apregoado ao formalismo estético resultado da artificialidade castradora da lei (cisão entre fato e direito), aproximando assim os fatos do direito, reestruturando a Jurisdição e o Processo frente à sociedade de incertezas.

Os objetos fazem parte de um amplo exercício de interpretação em uma compreensão hermenêutica, pois são destacados como fenômenos; ou melhor, como fenômenos conflitológicos de interesses, desvelados em um jogo dialético-dialogal¹⁵⁷⁵ construído ou

nosotros mismo la instauramos en cuanto que comprendemos, participamos del acontecer de la tradición y continuamos determinándolo así desde nosotros mismos. El círculo de la comprensión no es en este sentido un círculo metodológico, sino que describe un momento estructural, ontológico de la comprensión. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Metodo**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. P. 363)

¹⁵⁷⁴Según Gadamer, existe sólo una forma de encontrar la pregunta adecuada y es mediante la inmersión en el tema mismo. Un diálogo es lo contrario de un debate, ya que un debate se mantiene firme en su respuesta inicial a la pregunta: «Un dialogo no pretende convencer a la otra persona, sino que uno prueba sus afirmaciones a la luz del tema mismo». Un diálogo sobre amor, ética, derecho, o cualquier otro tema en Platón se mueve en direcciones imprevistas porque los participantes se guían por una inmersión común en el tema discutido. Para poner a prueba las afirmaciones de la otra persona, uno no intenta quitarles fuerza sino más bien reforzarlas es decir, encontrar su verdadera fuerza en el tema mismo. Esta es una de las razones, dice Gadamer por las que los diálogos platónicos tienen tanta importancia contemporánea. En el diálogo hermenéutico, por tanto, el tema general en el que uno se sumerge, tanto el intérprete como el texto, es la tradición, el legado. El compañero de uno en el diálogo, sin embargo, es el texto, ya en la estricta fijeza de la forma escrita. Así, existe una necesidad de encontrar un camino hacia el da-y-toma del diálogo: esta es la tarea de la hermenéutica. Hay que volver a poner de alguna forma la formulación fija en el movimiento de la conversación, un movimiento en el que el texto cuestiona al intérprete y éste cuestiona al texto. La tarea de la hermenéutica consiste en «sacar el texto de la alienación en la que se encuentra [como forma fija y escrita] y devolverlo al presente vivo del diálogo, cuyo logro esencial es cuestionar y responder» Cuando un texto transmitido se convierte en objeto de interpretación, plantea una pregunta al intérprete que éste está intentando responder a través de la interpretación. La auténtica interpretación tendrá relación con la pregunta «planteada» por el texto. (El texto tiene un lugar y un tema.) Entender el texto significa entender esta pregunta. Para interpretar un texto, el primer requisito es entender el horizonte de significado o de cuestionamiento dentro del cual se determina la dirección del significado del texto. (PALMER, Richard E. **¿Qué es la Hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002. P. 284-285)

¹⁵⁷⁵O método dialético e o método hermenêutico se relacionam através de um contato que não se constitui ao modo de fundante e fundado. Basicamente os dois métodos se apresentam, como nenhum outro, com uma pretensão de universalidade. Pretensão que pode ser entendida como o desejo de constituir o ponto de partida e o eixo fundamental de posições filosóficas. Ou simplesmente um método de trabalho que afirma a imbricação entre método e coisa, adequando-se a um tipo de discurso em que a justificação das proposições é feita de maneira

desconstruído pela dinamicidade Processual. Nesse sentido, o Processo passa a ser a vocação de nosso tempo, revela em si a politicidade via fenômeno conflitual e apresenta horizontes de possibilidade para adaptação existencial, reduzindo assim contingências e problemas conflituais: a jurisdição é amplamente *repensada*.

O efeito da passagem da Jurisdição ao Processo é relevante para a construção da Nova Onda Processual e das ressignificações da Ciência Processual. A existência exige adaptabilidade constante dos seres, os quais partilham suas necessidades, dimensionadas em angústias e desejos potencializadores de emergentes conflitos.¹⁵⁷⁶ Por esta razão considerar que a metodologia jurídica não pode ser vista como uma pirâmide onde normas escalonadas se ajustam umas sobre outras. O Direito é realidade viva e nunca adota formas geométricas. A ordem jurídica é uma combinação de critérios de justiça entrelaçados em agrupamentos territoriais e *atualizada pela administração da justiça*.^{1577,1578}

circular. É certo que esta compreensão de método praticou um corte definitivo com o paradigma das filosofias da consciência ou da representação. Houve com elas uma inauguração de um paradigma na filosofia em que a relação entre ser e dever ser, teoria e práxis, não é estabelecida retoricamente a partir das pretensões de filosofias do absoluto. O método dialético, como também o método hermenêutico, trabalham sobre um plano em que há propriamente apenas o homem. É claro, uma tal redução do espaço da teoria traz consigo também novas possibilidades de uma ampliação da produção de racionalidade a partir da integração e da convergência entre filosofia e ciências humanas, convergência que vem substituir a pseudo-racionalidade e transparência de um tipo de discurso que parte de dois pressupostos excluídos do campo hermenêutico e do campo dialético: o ponto de partida do mundo natural ou o ponto de partida do mundo teológico. É vital perceber as consequências de um tal gesto filosófico: ele implica na recusa da totalidade da tradição metafísica, de um lado. E de outro, introduz uma idéia de totalidade que se faz no próprio processo, que é operada no trabalho teórico. Mas que não se finaliza e não se completa. Essa totalidade como ela é sempre teórico-prática, se repõe a cada momento do esforço teórico e permanece uma espécie de horizonte regulador nas questões da prática. Não é mais uma totalidade hipostasiada, nem uma totalidade que seguramente resulta de determinações que vão sendo progressivamente postas até se atingir um estágio final. É claro que tanto a dialética como a hermenêutica não perceberam de maneira explícita o paradigma que elas inauguram. Mas seu modo de proceder como método, lugar de cruzamento da filosofia com as ciências humanas, dá-lhes indiscutivelmente uma autoridade epistêmica capaz de dar conta de seus pressupostos e produzir níveis de racionalidade cuja legitimação vai-se repondo através do progresso do trabalho teórico. (STEIN, Ernildo. **Dialética e Hermenêutica**: Uma controvérsia sobre o método em Filosofia. **Síntese**, vol 10, n.º 29, 1983, Pp.21-48. P 27-28)

¹⁵⁷⁶Oggi questi miti si sono dissipati e le dicotomie sono state profondamente relativizzate permettendo al fattore umano di venire alla ribalta. Siamo consapevoli del fatto che qualsiasi meccanismo regolamentare non potrà, di per sé, scongiurare la minaccia di super-individualismi. Quindi facciamo bene a preoccuparci di una nuova cultura giudiziaria incentrata su una deontologia da ripensare. I concetti di fiducia, di auto-limitazione, di collaborazione leale, d'umanità, di trasparenza e di comunicazione rappresentano solo alcuni degli elementi essenziali. Tutti ruotano intorno al concetto originario di *aidos* (che qui intendiamo come «rispetto»), che è stato, insieme alla *dike* (giustizia), il dono di Zeus agli uomini per evitare la discordia nelle città. Con una buona dose di saggezza, Zeus non offrì agli uomini la legge stessa (che varia da una città all'altra), ma il rapporto con la legge, più essenziale, espressa dalla giustizia (*diké*) e il rispetto reciproco (*aidos*). (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727.P.717-721)

¹⁵⁷⁷D'ORS, Alvaro. **Principios para una Teoria Realista**. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid: Anuario de Filosofía del Derecho, 1953. P. 26-27.

¹⁵⁷⁸De modo mais amplo, a globalização se traduz, sobre o terreno do direito, por uma influência sempre maior do modelo jurídico anglo-saxão, mais precisamente americano. Essa "americanização do direito" se faz sentir particularmente no domínio econômico: muito mais adaptável e mais flexível, a Common Law se adaptaria muito melhor à evolução das trocas econômicas do que os direitos de inspiração romano-germânica. O relatório do Banco Mundial *Doing Business in 2004* classificava desse modo o sistema jurídico francês entre os menos eficientes do mundo em matéria de direito dos negócios (de onde a criação, em resposta, de uma Fundação visando a assegurar

Conclui-se que, o Processo acaba legitimado pelo direito, através dele que se compreende vários horizontes, os quais conformam muitas das atividades humanas existenciais postas ao cidadão ativos que representam fenomenicamente o conflito como inato ao existir e é formado como fenômeno conflitológico de interesses – a contingência é o alimento do Direito¹⁵⁷⁹: o fenômeno conflitual é inato ao ser e a sua existência, o Processo como vocação de nossos tempos, aderido à politicidade é fruto do fenômeno que passa a ocorrer pela juridicização dos fenômenos da vida.¹⁵⁸⁰

a promoção e a difusão do direito francês no estrangeiro); os direitos nacionais são, então, incitados a se modelar segundo o direito anglo-saxão. Toda uma série de reformas em matéria de direito dos negócios testemunha bem a influência anglo-saxã, notadamente as novas regras relativas à "governança da empresa" (Corporate Governance), ao funcionamento dos mercados financeiros, à resolução amigável dos litígios (Alternative Dispute Resolution) ou ainda à responsabilidade dos dirigentes. Essa influência se estende bem além do domínio econômico, e notadamente à Justiça, tal como o mostra na França um conjunto de reformas recentes (introdução do sistema do "reconhecimento de culpa" pela lei de 9 de março de 2004, projeto de criação de uma ação de grupo ou ainda introdução no procedimento penal de elementos dispensando a lógica acusatória). Mesmo que essa influência não seja excludente e que se constate frequentemente um fenômeno de "hibridação", permanece que os sistemas jurídicos são a partir de agora colocados em concorrência (benchmarkin) e que são as soluções mais eficazes para enfrentar os problemas que tendem a se impor e a se difundir. . Ainda que eles reduzam as dissonâncias, esses procedimentos de implantação de coerência não suprimem, no entanto, os efeitos da desagregação: a regulação toma a partir de agora o aspecto de um "entrelaçamento de ações múltiplas". COMMAILLE, B. ROBERT, dir., 1998), cuja compatibilidade permanece problemática. A pós-modernidade jurídica romperia desse modo com a concepção monolítica e piramidal da ordem jurídica que é aquela do direito moderno: ainda que sistematicidade exista, ela resulta de mecanismos de articulação e de hibridização, excluindo toda ideia de linearidade ou de unilateralidade. O direito não provém somente, nas sociedades contemporâneas, de fontes múltiplas: é a concepção mesma de normatividade jurídica que tende a se alterar (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. P. 159-160).

¹⁵⁷⁹CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 72.

¹⁵⁸⁰Seria ingenuidade ou desinformação negar a crescente politização do jurídico e juridicização do político, fruto de um peculiar estado de coisas maximizado no segundo pós-guerra. Dispensamo-nos de avaliar este fato, analisando o que envolve em termos de desvirtuamento do próprio processo democrático. Aceitá-lo como realidade inelutável, entretanto, não nos dispensa de refletir sobre a funcionalidade das instituições com perfil tradicional para assumir as novas tarefas. (PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 91)

4.1 - Do Objeto do Processo¹⁵⁸¹ Formal – direito subjetivo como Lei

O *objeto do processo formal* tem sua *causa petendi* (formada pelo conjunto de fatos essenciais contemplados na situação de vantagem objetiva que servem de base à obtenção das consequências jurídicas pretendidas pela parte no processo em um determinado momento no tempo e no espaço) voltada ao direito subjetivo, ou seja, postula um direito veiculado como lei, mediante exposição das *razões jurídicas* e da *qualificação jurídica* (atine especialmente na motivação da decisão que é exarada pelo Estado-Juiz, é a representação do suporte fático que incidente projetando-se a uma norma tida como direito subjetivo)¹⁵⁸².

¹⁵⁸¹O objeto do processo, o mérito e todas as suas implicações estão compreendidos no projeto do novo CPC: art.4º;6º;§2º do art.45; art.115; art.141; art.239; art.280; inc. II do art.284; p. único do art.297; §3º do art. 302; inc. III do art.307; art.313; art.319; art.334; §2º do art.340; o julgamento antecipado do mérito (art.352); do julgamento antecipado parcial do mérito (Art.353); inc. IV do art.354; art.430; art.454; art.482; art.483; art.484; art.485; inv.III do art.486; art.487; art.489; art.490; art.494; art.495; art.498; art.499; art.500; art.505; inc.I do art. 506; §6º do art.522;540; §§3 e 4º do art.562; art.597; inc. II do art. 666; inc. III do art.770; art.789; art.813; §3º do art.915; p. único do art.926; art.936; art.937; art.963;; §2º do art.963; art.984; §2º do art.984; §4º do art.1010; inc II do art.1012; art.1038. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.43)

¹⁵⁸²Sin dalle prime battute di tali acutissime analisi si evidenzia come la domanda giudiziale rappresenti il veicolo, lo strumento, il mezzo di attivazione della macchina approntata dallo Stato per la tutela dei diritti. E allora, la conseguenza inevitabile è proprio quella di affermare, più o meno genericamente, che ciò che per il tramite della domanda giudiziale risulta veicolato (e dunque portato all'attenzione del giudice) è un diritto soggettivo di cui la parte agente si afferma titolare nei confronti dell'evocata controparte: essa si afferma titolare di una certa situazione di vantaggio e chiede, al minimo, che tale situazione di vantaggio venga accertata. Di questa constatazione si fa primo assertore il diritto positivo, il quale, in una miriade di disposizioni dedicate al momento nevralgico della deduzione del diritto soggettivo nel processo, proprio a tale situazione soggettiva fa riferimento. In un tale contesto, non è ragionevole né possibile pensare che la parte possa tendere all'accertamento del verificarsi di una certa successione di fatti materiali, secondo le modalità da questa esposte; o meglio, considerando il fenomeno dal punto di vista della tutela approntata dallo Stato, che lo strumento processuale sia stato conferito per un tale scopo. Senza nemmeno addentrarsi nell'analisi del problema, salta agli occhi come la mera questione di fatto altro non sia che uno strumento, portato all'attenzione del giudice in quanto si assume che da essa possano scaturire determinati effetti sul piano del giuridico, i quali effetti sono indirizzati a garantire quella situazione di vantaggio per la cui attribuzione si batte chi domanda. La parte, quindi, non narra semplicemente al giudice un fatto, né in definitiva è interessata a che il giudice conosca quel fatto e faccia chiarezza sul medesimo; ciò che la parte afferma e chiede è uno specifico effetto che discende dal fatto. Quell'effetto, però, è collegato alla situazione di fatto narrata da un elemento predeterminato che opera come presupposto logico alla conclusione, svolta in termini di asserzione, e che crea l'imprescindibile *liaison* tra il fatto e l'effetto. Non è nemmeno immaginabile l'invocazione di un certo effetto, in seguito all'asserzione di una stringa di fatti, senza che si ponga in evidenza il momento di collegamento logico-valutativo tra le due affermazioni, e cioè proprio quello della qualificazione giuridica. Pretendere di far scaturire, *tout court*, da una determinata serie di fatti uno specifico effetto sul piano giuridico, risulta privo di qualsiasi sostenibilità logica. Da questa evidente constatazione, già s'individua una prima incrinatura a quella distinzione in apparenza così rigorosa, per la quale il fatto sta alle parti come il diritto sta al giudice. Alla luce di queste notazioni preliminari, bisogna quantomeno correggere la ricordata – semplicistica – soluzione, per precisare che – al minimo – un poco di diritto sta anche alle parti; perché se sulle parti non gravasse nemmeno un po' dell'onere relativo alla qualificazione giuridica dei fatti allegati, bisognerebbe pacificamente ammettere che le loro asserzioni possano essere del tutto svincolate da qualsivoglia criterio logico, e, così facendo, si eliminerebbe quel requisito, previsto invece dalla legge, che richiede che ad essere oggetto del processo siano proprio individui diritti soggettivi. Infatti, nel mondo del giuridico, è da considerarsi strutturale la circostanza che la possibile connessione tra il fatto e l'effetto non possa che passare attraverso l'attribuzione di significato, la valutazione, operata dalla norma, sola in grado di conferire coerenza giuridica (e significato) alla congerie fattuale presentata al giudice.

Na acepção tradicional de objeto do processo, o qual limita o direito ao direito subjetivo e tem na função do juiz uma função dedutiva de aplicação calcada no *ius dicere*, o autor expõe na *causa petendi* e no *petitum* o direito subjetivo (lei) para o qual pede o juiz que verifique a existência, com posterior aplicação deste. O juiz está vinculado com o objeto do debate, devendo realizar uma atuação meramente averiguativa sobre a suposta existência do direito no junto aos fatos trazidos pelo autor. A motivação da decisão, por este viés, é uma operação lógico dedutiva.

O *quid* da *causa petendi* está composto pelas consequências jurídicas que as partes extraem dos fatos, e não dos fatos em si mesmos considerados, já que estes, isoladamente considerados, não originam nem legitimam o *petitum*, sim o fazem em câmbio às consequências jurídicas que as partes possam inferir no tocante dos fatos para que venham a legitimar seu *petitum*.¹⁵⁸³ Pode-se dizer que os *limites objetivos* da decisão *alcançam unicamente aquelas consequências jurídicas pretendidas no processo*, e não entidade do fenômeno em si. Nesse sentido, *não se deve confundir razões jurídicas com qualificação jurídica destas razões*, pois enquanto aquelas se baseiam exclusivamente nos elementos fáticos, a *qualificação jurídica implica a existência de motivos de fato como de direito*.

A *causa petendi* tem como função primordial ao Processo trazer os fatos, expressados pelos fenômeno conflitológico de interesses sobre a qual o órgão jurisdicional deverá pronunciar-se. Porém, no objeto do processo formal, a indicação dos fatos deve estar obrigatoriamente revestida das pertinentes consequências jurídicas pretendidas pelo autor; isto é, devem constituir a situação de vantagem objetiva que lhe confere as consequências jurídicas, pois a simples indicação de fatos sem tais consequências não permite sua proteção por meio do Estado, já que são socialmente irrelevantes.

Isto posto, é através da causa de pedir que o demandante deve *aportar ao processo seu direito subjetivo*, isto é, *a situação de vantagem objetiva frente ao interesse de outro capaz de produzir as consequências jurídicas pretendidas*. Daí que é o mais correto referir-se à *causa petendi* como aquelas *razões jurídicas* que o demandante deve aportar em juízo para fundamentar seu *petitum*, e que não se confunde, como depois veremos, com a qualificação jurídica destas razões.

(RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 15-17)

¹⁵⁸³GONZÁLEZ, José Calvo. La controversia fáctica Contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del Derecho. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, n.º 26, 2008, Valparaíso, Pp.221-256. P.227-229.

Uma vez que nas modalidades e formulações diversas, a questão da relação entre a *pretensão*¹⁵⁸⁴ e o *direito* são abordadas no estudo da *causa petendi* (teoria da substanciação e da individuação) apresentando como consequência a circunstância que o direito subjetivo tem um papel crucial para compreensão do fenômeno, responsável por identificar "*o que é exigido pelo demandante no processo*" sob o perfil da "*razão dedutiva*" do fundamento da decisão judicial: do referido pedido¹⁵⁸⁵ será efetuado a compreensão de tal elemento.^{1586,1587}

¹⁵⁸⁴A expressão pretensão foi utilizada, pela primeira vez em doutrina, por WINDSCHEID no século XIX, em estudo que efetuou sobre a actio romada em confronto com "Klagerecht" germânica. Nesse estudo, o doutrinador acabou por concluir que a pretensão nasce da lesão a um direito, sendo que, em face daquela, surge um direito contra o violador, direito esse que ainda não é o direito de ação. O doutrinador denomina de Anspruch essa tendência que todo o direito tem de sujeitar a vontade alheia ao império próprio, terminologia essa que foi traduzida na Itália por pretesa, nos países hispânicos por pretensión e, em Portugal e Brasil, por pretensão. As teses materiais sobre a constituição do objeto do processo decorrem da construção dogmática da pretensão material obtida na obra do aludido doutrinador: nela, o objeto é a própria pretensão material que é trazida à juízo por meio do exercício do seu direito de ação, o qual permite ao titular do direito violado agir jurisdicionalmente contra o respectivo violador. Assim, o doutrinador acabou por "identificar actio com o direito, agora a vincula à ideia de 'exigência' que o titular do direito poderá fazer a outrem"[...] A doutrina sobre a pretensão processual como objeto do processo pode ser agrupada sob duas grandes linhas, sendo que, uma delas, constata que o direito material vive no processo em um mero estado de afirmação e, por isso, aquela é constituída na afirmação jurídica do direito material constitui o objeto do processo. A segunda, por sua vez, se afasta totalmente do direito substantivo, entendendo que o objeto do processo constitui algo unicamente processual. Em outras palavras, embora ambas as linhas divisem a pretensão como algo diferente do direito material, o primeiro grupo não realiza um rompimento completo entre ambos, pois identifica a pretensão em um direito material afirmado (não, um direito material verificado). Já o segundo, efetua uma separação completa, não mais reportando a pretensão ao direito material (afirmado). (WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito) P. 110-113)

¹⁵⁸⁵Do acima exposto, mostra-se inegável que a expressão entrou para a linguagem jurídica-processual brasileira, sendo densificado seu uso com o passar do tempo. Contudo, ao ler os dispositivos processuais que a utilizam, verifica-se que, em todos eles, pretensão é utilizada como equivalente ao pedido. Tal aclimação pode ter sido facilitada pelas teses processuais alemãs que compreenderam o pedido como objeto do processo, valendo, como exemplo, o magistério de SOUZA que não faz referência à pretensão, mas, sim, ao pedido e causa de pedir. Para o doutrinador, as teses processuais sobre a constituição do objeto do processo têm, como metodologia comum, o dualismo antes apontado. (WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito) P. 117)

¹⁵⁸⁶Dal momento che, nelle più varie modalità e formulazioni, la questione del rapporto tra domanda giudiziale e diritto è stata generalmente affrontata in sede di studio della c. petendi – in conseguenza della circostanza che il diritto può, all'evidenza, avere un ruolo individuatore di "ciò che è richiesto dall'attore nel processo" in via primaria sotto il profilo della "ragione" (in senso del tutto atecnico), del fondamento, appunto della "causa", della detta richiesta sarà proprio dallo – studio di tale elemento (ove ad esso si faccia ricorso) che si prenderanno le mosse nell'analisi che segue. (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p.P. 28-30)

¹⁵⁸⁷O problema da individuação da demanda, desde as origens da ciência processual, constitui o ponto central dessa parte, destacando-se as teorias da identidade da relação jurídica como critérios individuadores da demanda. Procura-se, outrossim, em exposição tanto quanto possível cronológica, recapitular os pontos cruciais do acentuado debate científico relativo às denominadas teses da substanciação e da individuação, no quadro da teoria do objeto litigioso, erigida pela processualística alemã, bem como no âmbito da doutrina italiana contemporânea. Vale ainda, adiantar quem nesse tópico, fizemos também alusão ao original e moderno critério para distinguir as demandas judiciais, a partir de seus elementos estruturais: enquanto a demanda individuada pelo conteúdo do direito deduzido afigura-se autodeterminada, aquela identificada pelo fato constitutivo é considerada heterodeterminada. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Causa Petendi no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. P. 10-11 e 76 e segs.)

Esse objeto rígido é reflexo do apego ao exegetismo e ao dogmatismo fundados e envoltos pelo princípio da legalidade, os quais limitam o *objeto processual formal* ao formalismo apregoado ao positivismo jurídico, constituindo a Ciência do Direito no paradigma cartesiano-mecanicista, que é, <na atualidade> contraproducente ao direito, pois reduziu o direito a Lei. O apego à estrita legalidade faz do Estado-Juiz um autômata, operando por meio de uma atividade meramente subsuntiva: o *ius dicere* limita a atividade do julgador.¹⁵⁸⁸

¹⁵⁸⁸Dès le début de ce travail, nous mettions au rang des connaissances qui font voir le droit en grand, et qui permettent de s'élever jusqu'à sa philosophie, l'étude historique du droit et la législation comparée. Un adversaire de l'école historique, Meijer, qui a écrit un volume spécialement dirigé contre les doctrines du chef de cette école, M. de Savigny, reconnaît lui-même, dans ses lettres sur la Codification, que ce l'étude de la littérature, de l'histoire, des antiquités sera toujours utile au jurisconsulte», et qu'elle ce sera surtout indispensable à celui qui étudie la science de la législation». Il proscrie ainsi l'exagération de l'école rationaliste, qui prétend fonder exclusivement la philosophie du droit sur de pures abstractions, et qui, en conséquence, repousse le secours de toute donnée expérimentale. — Nous, qui croyons que dans l'étude des moyens d'améliorer les lois on ne doit dédaigner aucun auxiliaire, mais qu'il convient d'emprunter à la fois des lumières et à la pure raison et aux leçons de l'expérience, nous nous garderons bien de rejeter comme inutile l'histoire de la procédure. Nous repoussons donc comme erronée cette opinion de Carré: ce Les ce recherches historiques que l'on pourrait faire sur l'origine et les progrès de la procédure offriraient moins ce d'importance et d'utilité que celles qui auraient pour ce objet les autres branches de la législation publique ou ce privée». Bien au contraire, il nous semble que ce serait un beau et intéressant travail de faire l'histoire de chaque système de procédure, de montrer par exemple, en France, les progrès et les vicissitudes des formes judiciaires. Un érudit trouverait la matière d'un livre dans la seule étude de la procédure civile au moyen âge, en passant en revue toutes les ordonnances sur ce sujet et les écrits innombrables des praticiens et des juristes, depuis les *Ordo judiciorum* des glossateurs, Ricardus Anglicus, Tancredus, Pileus, jusqu'aux livres de pratique des XVIII^e et XVIII^e siècles, depuis ce petit traité de procédure, d'un auteur inconnu, et que l'on appelle *Ulpianus de edendo*, jusqu'aux travaux de Bornier et de Serpillon, depuis le *Spéculum juris* de Guillaume Durand, qui valut à son auteur, mort en 1296, le nom de *Magister practicee*, jusqu'aux résumés de Jousse et de Pigeau. L'*Instrumentum actionum* d'Anselmus de Orto, antérieur au XIII^e siècle; la *Practica aurea* de Pierre Jacobi, le *Stylus parlamenti* de Guillaume Dubreuil, les *Amiennes Constitutions du Châtelet*, au XIV^e siècle; le *Processus Satanae contra Virejincm* de Barthole, *YAdvocatie Notre-Dame*, d'un chanoine de Bayeux; les *Arrêts d'amour de Martial d'Auvergne*, et d'autres écrits bizarres, au XV^e siècle; la *Practica forensis* de Masuer, celle de Lanfranc, la *Praxis rerum civilium* de Damhoudère, la *Practique judiciaire* d'Imbert, que Cujas trouvait le meilleur livre pour apprendre la triture des affaires, quo ad tritulant forensem nullus melior, au XVI^e siècle, rapprochés des formulaires et des styles de procéder, tels que le *Refugium advocatorum*, ou *Summa Odofredide formandis libellis*, fourniraient, avec les ordonnances, les éléments de cette histoire, qui, si elle était écrite, eût sans doute offert plus d'une application pour le but que nous poursuivons. Nous emprunterons ici à un ouvrage estimable, la *Philosophie du droit*, de M. Belime, un exemple de l'utilité de l'histoire pour le perfectionnement de la procédure, et pour mettre en garde contre les théories trop abstraites, ce Une idée présentée quelquefois comme salutaire, disait «e M. Belime, est celle des arbitrages de famille, qu'on a ce prétendu substituer à la juridiction des tribunaux entre ce proches parents, au moins pour certaines espèces de litiges. Quoi de plus propre en apparence à entretenir la ce bonne harmonie entre personnes du même sang, à ce étouffer promptement des causes de discorde et à épargner des frais ruineux? Mais, si nous nous approchons ce de l'histoire, nous voyons les statuts de plusieurs de nos ce provinces essayer vainement d'établir l'arbitrage entre ce parents, alliés et conjoints, pour restreindre la désordonnée habitude de plaideries, dont procèdent grandes ce inimitiés et dépenses de plusieurs volontaires plaideurs. Nous voyons nos rois lutter en faveur de la ce même institution, sans jamais pouvoir parvenir à l'accueillir. En 1790, les tribunaux de famille se relèvent ce avec tant d'autres utopies ; mais quatre ans après ils ce succombent sous le désenchantement universel. 3. Que ce conclura le jurisconsulte de ce fait historique? Que si ce cette idée se représentait, il faudrait être circonspect ce à l'accueillir. En effet, la justice calme, régulière, ce inflexible des tribunaux vaut mieux que l'arbitrage et ce bonum des personnes étrangères aux affaires.». Malgré notre répugnance pour les importations étrangères en matière de procédure et d'organisation judiciaire, nous regrettons vivement que ces deux branches du droit aient été aussi négligées par les jurisconsultes qui ont créé de nos jours la science des législations comparées. Nous eussions aimé à confronter sur ce point nos lois avec celles des autres peuples de l'Europe. Une pareille étude ne peut être qu'effleurée dans ce mémoire, et comme secours accidentel : car pour tracer ex professo le tableau des divers systèmes de procédure européens, avec leurs variétés et leurs modifications, il faudrait un grand ouvrage; il faudrait envisager non-seulement les systèmes en vigueur, mais faire revivre les

O objeto do processo formal se forma junto a uma pretensão apregoada ao formalismo positivista¹⁵⁸⁹ (O homem entre a miscelânea das leis, anda cada vez mais desorientado, da

formes de procéder plus anciennes qui ont laissé partout des vestiges. Ce serait un livre curieux que celui où l'on déroulerait, dans des chapitres successifs, après l'exposé sommaire de la procédure romaine, aujourd'hui bien étudiée, les formes usitées chez les barbares, puis le système du droit canonique, renfermé dans les Décrétâtes et qui a eu une si grande influence sur la formation du système de la procédure française; où l'on ferait connaître les règles de l'administration de la justice en Espagne, contrée dont la vieille législation n'a guère été explorée; où l'on résumerait les procédures particulières aux tribunaux de la cour de Rome, tels que la Rote, etc. ; où l'on analyserait les formulaires et les styles composés par les praticiens lombards ; où l'on passerait en revue la manière de procéder qui était en usage devant la chambre impériale, puis la procédure allemande ancienne et moderne, avec ses variétés, le Prozess-Ordnung de Prusse, la procédure russe, la procédure écossaise, enfin la procédure anglaise, que ses types multipliés et propres à chaque juridiction, contribuent à rendre si obscure. Dans ce vaste tableau, il y aurait une partie qui présenterait pour nous un intérêt immédiat et pratique, ce serait celle consacrée aux variétés de la procédure française. En effet, notre procédure a été, comme nos autres lois, importée chez plusieurs peuples qui, en la conservant, ont senti la nécessité d'y faire des modifications plus ou moins profondes. L'étude de ces modifications est profitable pour nous : car si les unes ont été imposées par les habitudes locales ou par les exigences politiques, les autres n'ont été introduites que pour effacer quelques-uns des vices qui déparent le Code français. C'est ainsi que notre Code de procédure a été remanié plus ou moins profondément en Hollande, à Genève, dans le canton de Taud, dans celui de Berne, dans le royaume de Naples, dans le grand-duché de Parme et tout récemment dans les États sardes. S'il serait dangereux d'emprunter des formalités propres à des systèmes tout à fait étrangers, de prendre pour exemple tantôt la procédure allemande, tantôt les formes judiciaires des peuples slaves, tantôt les *suit at law* et les *forms of proceedings* des pays anglo-saxons, parce que ces emprunts hétérogènes s'allieraient mal avec le caractère de nos lois nationales, l'exemple de codes qui, comme le code de Genève ou celui de Naples, sont en définitive des éditions retouchées du nôtre, peut être invoqué sans inconvénient et au même titre que notre ancien droit. Ce n'est que pour l'organisation judiciaire que nous possédons des travaux historiques et généraux. Nous avons entre autres savantes recherches, la préface de l'un des derniers volumes des Ordonnances, où M. Pardessus a retracé l'histoire de l'administration de la justice en France depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII \ Dans un ouvrage depuis longtemps apprécié, Meijer a fait connaître l'ensemble des institutions judiciaires en Europe. Mais la procédure proprement dite est toujours négligée. L'histoire générale des formes judiciaires est donc encore à faire. Les matériaux abondent cependant. La laborieuse Allemagne a déjà défriché ce terrain. Les écrits de Platner, d'Otto et de Heffter, pour la procédure athénienne; ceux d'Unger, de Freyberg, Maurer, Steiner, Buchner, Muhlenbruch, Hollweg et Mittermaier, pour les procédures romaines et germaniques, formeraient déjà un noyau bibliographique considérable. Mais ces vastes recherches sont étrangères au cadre et au but de mon travail; et pour répéter les paroles de l'un des maîtres de l'école historique, à propos de la procédure romaine, « ces formes, si je voulais les faire connaître, il me faut entrer dans des détails infinis, curieux, pleins de d'intérêt sans doute, car dans les lois de la procédure, ce non moins que dans celles de la propriété, se peint au ce vif le génie des peuples ; mais ce serait mettre un ouce vrage dans un autre, et je n'en ai ni le temps ni la ce forcex ». De ce champ immense de l'histoire et de la législation comparée, une parcelle seulement doit être explorée dans ce mémoire. Occupé à rechercher de quelles reformes notre procédure civile serait susceptible, il m'a semblé indispensable de jeter un coup d'oeil sur le passé et sur les contrées voisines, pour voir quelles réformes avaient déjà été opérées. Etudiant, non-seulement ce qui est et ce qui a été, mais encore ce qui devrait être, j'ai cru utile de passer en revue les essais et les projets des réformateurs qui depuis trois siècles ont de près ou de loin envisagé la procédure civile ; de montrer ainsi la marche de l'esprit humain, par un tableau des efforts, des plaintes et des critiques dirigés contre nos lois judiciaires. Ce sera la part qui appartiendra légitimement dans ce travail aux recherches historiques. (BORDEAUX, Raymond. **Philosophie de la Procédure Civile**. Paris: Evréux, 1857. P. 37-45)

¹⁵⁸⁹Por lo tanto, “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. Esta particular ambición de controlar judicialmente la aplicación más general de una regla distributiva, ha sido el eje de distintos tipos de críticas. Una de ellas se vincula a la perspectiva formalista de la jurisdicción estructural en relación al Estado, que fue reseñada en el capítulo anterior. Desde esa perspectiva se ha procurado poner coto a la ambición regulativa-distributiva del litigio estructural, imponiendo como frontera de la distribución la capacidad presupuestaria de las estructuras estatales preexistentes (agencias). Se afirma que sólo se pueden distribuir judicialmente recursos que están en el presupuesto de la agencia o institución predispuesta, es decir, aquellos disponibles en el marco de las capacidades establecidas por las normas formales. Como ya se advirtió en el capítulo anterior, tal proposición restrictiva supone renegar de las formas más amplias que el fenómeno del litigio estructural viene adquiriendo en nuestra jurisprudencia,

mesma forma que o motorista, quando muitos faróis se entrecruzam ao longo da estrada)¹⁵⁹⁰. A decisão judicial torna-se somente um *imperium* formado pelo legislativo, que apresenta sintomas de desconexidade e dislexias de uma representação democrática que erigiu lei como direito em uma ciência positivista, matematizando o direito e esquecendo suas probabilidades.

O objeto processual forma o vínculo entre a *causa petendi* e a *imutabilidade da lide*¹⁵⁹¹. Essa inalterabilidade quanto ao objeto introduzido ao Processo acaba vedando a concretização

oponiendo a él un juicio dogmático y auto referencial como el de los “límites de las formas predispuestas”. Significa, además, recusar el modelo neoconstitucionalista gestado en el marco de constituciones ricas en derechos sociales, el que pone a los jueces en el centro de la definición de los derechos constitucionales, de su contenido y alcance. Implica, también, debilitar -cuando no negar- la operatividad de las pretensiones positivas de los derechos frente a las decisiones distributivas de los órganos políticos, en especial cuando esas pretensiones no son traducibles en reclamos de derechos negativos (como el de no-discriminación, o no-interferencia en los derechos adquiridos). En fin, próximo a la posición de los derechos constitucionales como límites negativos, el formalismo se percibe “fuera de lugar”, en un contexto que hace más de medio siglo abandonó el modelo del constitucionalismo clásico. En suma, cuando se niega la competencia de los jueces para reivindicar ciertos contenidos de los derechos, oponiéndoles el argumento formalista de que “no hay presupuesto asignado para tal agencia”, se confronta abiertamente con las premisas neoconstitucionalistas que pretenden explicar a la tenencia jurisprudencial amplia en nuestro país, así como las interpretaciones originales de los tratados internacionales de derechos humanos. Tales premisas e interpretaciones expresan, por un lado, un sentido sistémico: estamos transitando desde un Estado legislativo hacia un Estado constitucional de derechos; y, por otro, una directiva: los derechos sociales tienen carácter normativo en nuestra constitución. Aunque este no es un debate cerrado, ignorar su persistencia, disminuye la capacidad epistémica de cualquier teoría que pretenda hacer justicia al derecho judicial argentino. Más allá de esta confrontación doctrinal, es necesario dar a la crítica que llamo formalista, una atención correlativa al peso que ella tiene en nuestro sentido común jurídico. La crítica formalista carga con la fuerza persuasiva de la idea de la “escasez de recursos” del Estado como hecho dado. Es importante notar que una vez aceptada la idea de que los recursos del estado son “escasos”, resulta impertinente discutir la posibilidad de una jurisdicción estructural distributiva sobre lo que ya no existe, o existe escasamente (en relación a lo que se necesita). Ahora bien, el asunto dirimente es que la idea de escasez carga en sí mismo una petición de principios. En efecto, aceptar que “no hay recursos”, significa, lógicamente, naturalizar ciertos límites sobre lo distribuible, y con ello, en forma substantiva, legitimar el status quo distributivo de fuente legislativa o administrativa. Más aún, supondría imponer ese status quo distributivo por sobre una razonable, o pacíficamente aceptada, crítica constitucional a la distribución dada. Supondría, en fin, censurar las pretensiones regulativas-distributivas que prescriben los derechos constitucionales (según la interpretación judicial) frente al canon distributivo impuesto por el legislador. En síntesis, es cerrar el debate antes de empezar. Ahora bien, si tanto el argumento de las formas predispuestas del Estado, o la apelación a la escasez, son peticiones de principios, ellas necesitan algo más para trascender ese carácter. Ese algo más no viene adjunto a ninguna de ellas, a menos que las pretensiones formalistas sean leídas, como en el próximo apartado, en clave organicista.” (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013. 329 p. Tesis Doctoral. P. 189-191)

¹⁵⁹⁰CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do Direito**. Belo Horizonte: Editora Lider, 2008. P. 11.

¹⁵⁹¹La più recente dottrina (Menchini, Caponi) ha a mio avviso correttamente individuato la ragione giustificatrice dell'operare dei due s'indio principi in ciò: l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato ronca il nesso che collega la norma con la fattispecie concreta sostituita a quella nella disciplina di questa (Andrioli). A seguito dei fatti dei giudicati sostanziale la fattispecie da cui deriva il diritto far valere in giudizio rinvia la fonte della propria rilevanza giuridica unicamente nell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato non più nella norma generale ed astratta. Con espressione tecnicamente meno precisa, ma plasticamente più efficace, si può dire che il giudice sostanziale opera come *lex specialis*, staccando la disciplina del diritto far valere in giudizio dalla norma generale ed astratta. Di qui: a) la inapplicabilità del giudice sulla base di fatti (men fatti o fatti-diritti) anteriori referente temporale del giudice, cioè deducibili nel processo in cui si formato il giudice ancorché non dedotti (è il principio secondo cui giudice copre il dedotto e deducibile); b) l'ineoperatività dello retroattivo sulla fattispecie da cui deriva il diritto oggetto del giudice, ed ancora l'ineoperatività della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma generale e astratta sulla cui base si è deciso. Il diritto o rapporto accertato dalla sentenza passata in giudicato continua però a vivere, a svolgersi anche dopo il giudice. Di qui la pacifica operatività su di esso dei fatti estintivi o modificativi sopravvenuti; nonché l'idoneità dello *jus superveniens* irretroattivo o no a disciplinare, in ipotesi di rapporti di durata, quella tranne dei diritto o rapporto

do princípio do *iura novit curia*¹⁵⁹², elimina com isso as variações trazidas pelas partes ao Processo.

Notadamente o objeto do processo formal vincula-se ao princípio da congruência¹⁵⁹³, e assim determina que seja obedecida a motivação da decisão¹⁵⁹⁴, devendo o Estado-Juiz

di durata che si svolga successivamente al giudicato. Rinviando agli studi monografici degli autori sopra citati l'approfondimento di questi delicatissimi temi, mi sembra opportuno in questa sede spendere ancora qualche parola sul principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, stante l'immensa rilevanza pratica che esso ha ai fini della individuazione di uno dei pochi dati assolutamente certi in tema di giudicato. Quanto ora ricordato è riassunto nella formula secondo cui il giudicato copre il dedotto e deducibile. Questo principio, se inteso in modo corretto (il che non sempre avviene), non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: individuato (alla stregua di criteri cui è del tutto estraneo il principio ora in esame) l'ambito oggettivo del giudicato, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e deducibile ci sta a dire solo che il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione e peggio diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio di questioni (di fatto o di diritto, rilevabili d'ufficio o solo su eccezione di parte, di mérito o di rito) rilevanti ai fini dell'oggetto del primo giudicato e che sono state proposte (dedotto) o che si sarebbero potute proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio. (PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto processuale Civile**. Seconda Edizione. Napoli: Jovene Editore, 1996. P. 68-70)

¹⁵⁹²Vale mencionar Rendina, que apregoa o dedutivismo lógico o processo civil, desconsiderando em parte o brocardo do *iura novit curia* com a aplicação do julgador em uma forma dedutiva da lei ao caso concreto. Assim, expõe: “Non si è al contempo potuto evitare di notare come un vasto ed inveterato pre-giudizio informi di sé larga parte delle trattazioni del problema, tale per cui se, da un canto, esso non è stato *in grado di esplicare tutta la sua astratta forza* (forse anche perché diverse e pressanti esigenze s'impongono, di volta in volta, legate all'analisi dei singoli istituti e trovano linfa ben più cospicua in specifiche disposizioni dell'ordinamento); dall'altro, tende a far acquietare gli animi degli autori prima che questi abbiano condotto a pieno compimento l'analisi dello specifico problema dell'iniziativa rispetto alla *quaestio iuris*, così lasciandoli quasi del tutto appagati dal semplice richiamo (o poco più) della massima tratatizia. Sicché, è assai frequente il riferimento all'adagio: in alcuni casi, in modo ambiguo (in particolare per quelle teorie che abbiamo descrittivamente definito della «individuazione»), in altri, quale argomento a sostegno della propria tesi (si pensi alle teorie della «sostanziazione» ed in parte a quelle «riduttiviste»), quasi mai, in via talmente radicale e assoluta da negare qualsiasi rilievo all'allegazione giuridica nell'identificazione della domanda – pur rispetto a specifiche categorie di diritti dedotti in giudizio –. Crediamo indispensabile, quindi, in questa fase di avanzamento della ricerca, approfondire direttamente il problema, autonomo ed indipendente rispetto all'analisi problematica sino a qui condotta del ruolo riservato al diritto nella determinazione dell'oggetto del processo, della vigenza nel nostro ordinamento del p. *iura novit curia*, e della sua reale efficienza causale rispetto agli effetti che dalla sua affermata vincolatività, in varia guisa, si pretende di far discendere. È d'altro canto affermazione piuttosto comune tra chi ha dedicato maggiore attenzione allo studio del p. in discorso, quella secondo cui esso non integrerebbe una regola ineludibile di ogni sistema processuale – diremmo consustanziale all'esplicarsi stesso della funzione giurisdizionale –, ma che, di converso, i problemi che questo involge potrebbero anche essere risolti in modo differente. In astratto, invero, non è di certo possibile negare che si potrebbe immaginare un sistema processuale retto da regole opposte a quelle che tradizionalmente si ritiene di trarre dall'asserita vigenza del principio. In definitiva, proprio la negazione della necessità di un tale p., ove si riguardasse al fenomeno da un punto di vista di teoria generale del processo, postula che la sua eventuale vigenza debba essere rigorosamente verificata sulla base dei dati emergenti dall'analisi dell'ordinamento positivo.” (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 145-147)

¹⁵⁹³Finalmente, por causa de pedir o causa petendi hay que entender el conjunto de hechos esenciales en los que se apoya la consecuencia jurídica pretendida por el actor en la demanda y sobre los que funda su pretensión. Dicho en otras palabras, la causa de pedir está compuesta por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar lo que se pide no es otra cosa que aquellos sucesos o acontecimientos de interés para el proceso y que además identifican la pretensión. (MONTERO, Ángel de Álvaro. **Las Alteraciones Sobrevenidas del Factum Probandum en el Proceso Civil**: El periplo de los hechos desde los hechos a probar hasta las diligencias finales. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2015. 404 p. Tese (Doctor en Derecho) P. 22)

¹⁵⁹⁴A nuestro entender, ante todo se debe dejar sentado qué es y cómo se identifica lo que, desde el punto de vista e las cargas y derechos de las partes y del ejercicio por el tribunal de la potestad jurisdiccional en un determinado proceso, puede denominarse objeto actual del proceso. Este objeto actual del proceso está constituido por lo que el actos plantee tempestivamente (no por lo que intentase plantear con una *mutatio libeli* prohibida) y por lo que el demandado suscite, también en tiempo y forma, cuando no se limite a oponerse a la pretensión del actor negando

apresentar nesta a qualidade jurídica determinada pelo objeto do processo. Reduz a atividade jurisdicional ao *ius dicere*, operando o julgador a mera subsunção legal.¹⁵⁹⁵

A função jurisdicional é reduzida à inflexível *motivação da decisão* que exige do Estado-Juiz, em sua atividade meramente declaratória (*ius dicere*), referenciar todos os textos relevantes para responder a cada um dos argumentos invocados, *e apenas a esses argumentos*, para adicionar o menor número de inovações possíveis ao conhecimento estabelecido por seus predecessores e fazer tudo isso de forma que venha a encerrar a discussão de uma vez por todas. Os juízes, acima de tudo, se são juízes em um tribunal de última instância, escrevem apenas para o advogado do requerente e, em segundo lugar, para os seus colegas e para os escritores da doutrina jurídica.^{1596, 1597, 1598}

su fundamento: sobre eso procede el debate procesal y sobre eso ha de pronunciarse el tribunal. Este objeto del proceso lo determinan la pretensión o pretensiones del actos y su fundamento: por tanto, los sujetos, lo que se pide y la causa de pedir, así desde el punto de vista de los hechos alegados como desde el punto de vista del fundamento o fundamentos jurídicos efectivamente aducidos. Si el demandado ha opuesto excepciones materiales, éstas integran también el objeto actual, con sus rasgos propios. Éstos son los elementos configuradores del objeto acutal del proceso civil. E, insistimos, ni cuando a la causa de pedir, se identifica tanto por los hechos como por los títulos públicos realmente exigidos. La identificación del objeto actual de proceso sirve para determinar la jurisdicción, la competencia y el procedimiento adecuado, la acumulabilidad de acciones, el carácter necesario o voluntario de la representación mediante Procurador y de la defensa por abogado de recursos contra la sentencia. Además, se resuelven con relación a ese objeto las cuestiones sobre cambio de demanda o *mutatio libelli*, ya examinado. Y, desde luego, la sentencia ha de ser exhaustiva, congruente y motivada respecto de lo que haya sido el objeto actual del proceso. (SANTOS, Andres de la Oliva. **El Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil**. Madrid: Civitas, 2005. P. 76-77)

¹⁵⁹⁵Esta inalterabilidad en cuanto al objeto introducido en el proceso se refleja igualmente en los principios de *perpetuatio iurisdictionis*, prohibición de *mutatio libelli* y lite pendiente *nihil innovetur*, que rigen en esta materia. Al respecto, debe tenerse en cuenta que estos principios no sólo se refieren y se aplican a los elementos que fijan e identifican la competencia de los tribunales al momento de constituirse la relación jurídica procesal nacida de la admisión de la demanda, sino que, también, fijan y cierran el objeto del proceso, al consagrar su inalterabilidad y prohibir las variaciones traídas al proceso por las partes una vez que ha concluido la fase de alegaciones. (MONTERO, Ángel de Álvaro. **Las Alteraciones Sobrevenidas del Factum Probandum en el Proceso Civil**: El periplo de los hechos desde los hechos a probar hasta las diligencias finales. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide ,2015. 404 p. Tese (Doctor en Derecho) P. 153-154)

¹⁵⁹⁶[...]which have to reference all of the relevant texts, to answer each of the arguments invoked and only those arguments, to add as few innovations as possible to the knowledge established by their predecessors and to do all of this in such a way as to close the discussion once and for all. The judges, above all if they are judges in a court of last instance, write only for the claimant's lawyer, and, secondarily, for their colleagues and the writers of legal doctrine. (LATOURE, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010. P.205)

¹⁵⁹⁷Com o Estado Reativo, este erigiu grande aspirações iluminadas as arquiteturas do antigo direito romano, pois seguiu de forma mais sofisticada que este a criação da égide da lei ao Estado de Direito, sendo que o Estado-Legislativo calçou sua produção junto ao Código Civil, incidindo do Napoleônico, e seu modelo se espalhou pela Europa, reduzindo a Aristocracia Judicial à mera boca da lei. Em um primeiro momento, seguiam estes a aplicação atomata da lei, com os procedimentos que se encontravam apensos na parte final do Código. De tais imprecisões pelo parco conjunto procedimental da Lei, resta necessário a elaboração de um Código de Procedimentos para as atividades jurisdicionais, nascendo junto a isso leis que responsabilizavam civil e penalmente os atos do Juiz, para assim baliza-los a aplicação da lei. Seguindo, as teorias processuais começa a se desenvolver com a *actio* no debate entre Windsheid y Muther. (Neste norte consultar o Prefácio da obra: WINDSCHEID, Bernhard; THEODOR Muther. **Polémica sobre la actio**. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1974)

¹⁵⁹⁸Es necesario que la motivación justifique la decisión en virtud de las defensas alegadas por las partes, ya que sólo de esta manera es posible verificar si, en el momento de la decisión, no tuvo lugar una violación o un vaciamiento de la garantía de defensa. Esto no excluye la posibilidad de que el juez realice elecciones autónomas, siguiendo una estrategia diferente de la de las partes, ni implica que éstas tengan el poder de limitar con sus

O apego hermenêutico ao legalismo textual exegético acaba revelando-se em uma hercúlea atividade interpretativa do Estado-Juiz junto ao Processo, o apego do direito à lei faz com que o julgador siga o princípio dispositivo e limite o seu julgamento núcleo do *objeto do processo* como *mérito* – sendo este uma qualidade jurídica apresentada pelo autor da *demanda*, fazendo com isso uma atividade interpretativa hermenêutica textual e que exclui os contextos manifestados com os fenômenos.

Esse apego à *dogmática*¹⁵⁹⁹, que é uma aprisionamento de verdades postas ao texto saturam o direito, que é a mais pura manifestação do *ser*, essa nítida saturação incide diretamente na aplicação do Direito pelo Estado-Juiz, por sua vez, considera-se que a qualidade dos seus julgamentos depende muito da sua capacidade de evitar decisões apregoadas a incidência de *extra-petita*, *ultra-petita* e *infra-petita*, não obedecendo ao princípio da

respectivas defensas el ámbito de decisión; sin embargo, así como la realización integral de la garantía de defensa durante el proceso supondría un debate previo entre las partes sobre todos los puntos que el juez considera relevantes para la decisión, parece igualmente necesario que sobre estos mismos puntos, sobre todo cuando difieren de las posiciones expuestas por las partes, se exponga una motivación expresa y específica. De hecho, es evidente que el derecho de las partes a influir en la decisión quedaría garantizado de una manera muy débil si no es posible establecer, mediante la motivación, si (y de qué manera) dicha influencia se verificó, o por cuáles razones no se verificó. (TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. P.354)

¹⁵⁹⁹El problema que aquí se plantea salta a la vista, y también el hecho en que se funda. ¿Está desapareciendo el arte de la conversación? ¿No observamos en la vida social de nuestro tiempo una creciente monologización de la conducta humana? ¿Es un fenómeno general de nuestra civilización que se relaciona con el modo de pensar científico-técnico de la misma? ¿O son ciertas experiencias de auto enajenación y soledad del mundo moderno las que les cierran la boca a los más jóvenes? ¿O es un decidido rechazo de toda voluntad de consenso y la rebelión contra el falso consenso reinante en la vida pública lo que otros llaman incapacidad para el diálogo? Tales son las preguntas que se agolpan al abordar este tema. La capacidad para el diálogo es un atributo natural del ser humano. Aristóteles definió al hombre como el ser dotado de lenguaje, y el lenguaje se da sólo en el diálogo. Aunque el lenguaje sea codificable y pueda encontrar una relativa fijación en el diccionario, la gramática y la literatura, su propia vitalidad, su envejecimiento y su renovación, su deterioro y su depuración hasta alcanzar las formas estilísticas del arte literario, todo eso vive del intercambio dinámico de los interlocutores. El lenguaje sólo existe en la conversación. Pero ¡qué variado es el papel que desempeña la conversación entre las personas! Y o pude observar una vez en un hotel berlinés una delegación militar de oficiales finlandeses que estaban sentados alrededor de una gran mesa redonda, silenciosos y ensimismados, y entre cada uno de ellos y sus vecinos se extendía la vasta tundra de su paisaje anímico como una distancia insalvable. ¿Y qué viajero nórdico no ha admirado el constante bullir de la conversación que llena los mercados y las plazas de países meridionales como España e Italia? Pero quizá no se pueda considerar lo primero como una falta de disposición al diálogo ni lo segundo como un talento especial para él. Porque el diálogo es quizá algo diferente del estilo de trato más o menos ruidoso en la vida social. Y la queja sobre la incapacidad para el diálogo no se refiere desde luego a eso. El diálogo debe entenderse aquí en un sentido más ambicioso (GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método. Tomo II**. Ediciones Sígueme - Salamanca 1998. P. 203-204)

congruência: isto é, emitindo um julgamento que vai *além* ou está *aquém* do que as partes manifestaram na formulação da *causa petendi*.^{1600, 1601}

Conforme ver-se-á em seguida, teorizações mais recentes, como a realizada pelo jurista Darci Guimarães Ribeiro¹⁶⁰², passaram a diferenciar o objeto do processo do objeto do debate processual, o que causa uma importante modificação na concepção clássica do objeto do processo. Isso porque o *mérito* do processo terá na *lide* o contraditório e a dialética processual, sendo que o objeto do debate processual, resultado da lide, possuirá um material muito mais amplo para o juiz, o que ampliará a decisão judicial, não sendo a decisão apenas uma restrição do objeto do processo. A lide, desse modo, seria o momento dinâmico do direito, e o mérito o momento estático.

Em que pese essas importantes teorizações, muitos ainda vinculam o objeto do processo formal à aplicação judicial, o que é fruto de um princípio dispositivo já ultrapassado – e não constitucionalizado. Por exemplo, a visão de *lide* vinculada ao objeto do processo formal é aquela sustentada por Calamandrei, para quem o conflito de interesses não entra para o processo do modo em que manifestado na vida real, mas conforme a feição e a configuração que lhe dá autor no pedido.¹⁶⁰³

¹⁶⁰⁰Judges, for their part, hold that the quality of their judgments is closely dependent on their ability to avoid the two hazards of ultra petita and infra petita: that is, issuing a judgment that either goes beyond or falls short of that which the parties have asked for. What seems to judges to be a major failing is considered by scientists to be their greatest strength; yes, they can only attain precision by progressively distancing themselves from direct contact with common sense and the senses. And that which scientists regard as the greatest defect of law is taken as a compliment by the counsellors: they do indeed stick to what can be elicited from the *fi le*, without addition or subtraction. Here, we have two distinct conceptions of exactitude and talent, of faithfulness and professionalism, of scruple and objectivity. (LATOURE, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010.P.228-229)

¹⁶⁰¹A expressão objeto do processo não se confunde com a finalidade desse. De forma genérica, é aquilo que o processo coloca diante do Estado-Juiz. No contexto da legislação brasileira, não é usual a expressão objeto do processo, mas, sim, mérito, sendo que esse último é associado usualmente com a expressão lide. Mesmo o CPC/2015 manteve a tradição do Código revogado, na medida em que utiliza a expressão lide como sinônimo de mérito em pelo menos 03 (três) dos seus dispositivos legais. Enfim, embora a terminologia objeto do processo não seja muito usada na redação das regras adjetivas, a mesma aparece de forma reiterada na jurisprudência. (WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito)

¹⁶⁰²RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**: Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004.

¹⁶⁰³Em síntese, o **conflito de interesses** não entra para o processo tal qual manifestado na vida real, mas, sim, indiretamente, conforme a feição e configuração que lhe dá o autor em seu pedido. Por tudo isso, o Mestre conclui que Calamandrei estava certo ao afirmar que o conceito caneluttiano de lide tem natureza sociológica e, não, jurídica. O conflito de interesses existente fora do processo é a razão de ser ou, ainda, a causa remota, mas, não, o objeto do processo. Nesse sentido, afirma que a lide se distingue rigorosamente do processo, sendo esse o continente e, aquela, o conteúdo. Pode-se afirmar, com base na citada crítica caneluttiana, que só muito secundariamente a composição do litígio constitui o objeto do processo. WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito). P. 104)

De outro lado, outros sustentam, de maneira muito importante e significativa, que a *lide* amplia o objeto do processo, mas não explicam muito bem os termos em que isso ocorre, causando confusões teóricas. Frente às existentes incompreensões, é possível já adiantar que o objeto do processo formal sempre terá na decisão judicial, que é uma construção, *ius facere*, uma criação do direito frente ao caso-problema, junto à dinâmica do direito, individualizando a situação posta no caso e -sempre – interpretando-o/modificando-o. Essas manifestações interpretativas das partes se dão pela representação do fenômeno pelos contextos via metáforas vivas gramatizantes do processo, desvelado o fenômeno pela compreensão estas alegações e debates cingidos em partes (visto como fatias) acopla-se ao todo:

En consecuencia, el sentido de una parte de una narración puede ser determinado solo por referencia al texto completo del relato, y el sentido general de la narración puede ser interpretado solo por referencia a todas sus partes. Usando nuevamente la metáfora del mosaico, uno podría decir que el significado de una sola pieza de vidrio está determinado por su posición en el diseño completo, pero también que el significado del mosaico como un todo está determinado por los colores y las posiciones de las piezas individuales de vidrio.^{1604, 1605}

Frente à infinitude de relações que existe entre linguagem e mundo, pode-se proceder de determinadas maneiras na busca da verdade proveniente da *causa petendi*. O que se buscará mostrar é que a verdade pode significar muitas coisas, segundo a pergunta feita e a forma de proceder à sua busca “*El punto es que si el concepto de verdad deriva de las distintas relaciones entre lenguaje y mundo, y si estas relaciones traen infinitos problemas e infinitas maneras de abordarlos, en consecuencia, tanto la coherencia, como el fundacionalismo, como el coherrentismo y demás, caben en la verdad.*”¹⁶⁰⁶, pois “*Il diritto è processo vitale e pratico, non*

¹⁶⁰⁴Las partes y el todo” lembra por deveras a contemplação da hermenêutica filosófica, pois ainda denota a similaridade entre o yng e o yang, pois o caminha no obtruso e anacrônico deserto amarelo de tonalidade griz, faz os caminhantes em certo momento andarem em círculos, não chegando ao develamento do fenômeno posto a compreensão, e assim a pandectista em sua ideologia formou um sistema rígido no tocante ao objeto litigioso, pois este foi formulado cartesianamente e basilado na lei cientifizada que por derradeiro funda o direito subjetivo como espécie de direito material, e para superar e desvelar o fenômeno conflitual pela compreensão, o solo árido, amarelo e griz que formam a imagem enjoativa do fenômeno saturado visto como lei será pelo circulo hermenêutico posto a pré-compreensão que dará os preconceitos necessários para apontar a topografia de qual o lugar pelo qual os caminhantes estão, sendo que ela se aterá aos símbolos ideológicos e míticos fundadores do direito e da justiça, relevante e que as partes cingidas metodologicamente ao final, pela sentença desmistificam o fenômeno conflitual junto a sentença que é a exposição do *iusdicitio* dotada do direito objetivo, este posto ao objeto do debate processual em que o fenômeno como as escrituras antigas passavam pelo palimpsesto ao descascar o fenômeno para se chegar os horizontes postos a verdade. No entanto, o direito objetivo representará o andar sob a luz manifesta do céu aos caminhantes que desvelarão e desmistificarão o caminho junto ao jogo processual que liberta-se frente a uma dialética-dialogal de perguntas e respostas, e de tal caminho chega-se ao horizonte decisional, e deste revela-se o Direito como Processo, ou melhor o Processo como Direito. (TARUFFO, Michele. Narrativas Judiciais. *Revista de Derecho Valdivia*, vol.20, 2007, Pp.231-270)

¹⁶⁰⁵DIDI-HUBERMAN, Georges. *El Hombre que Andaba en el Color*. Madrid: Abada, 2014.

¹⁶⁰⁶LÓPEZ, Yeison Manco. *La verdad: entre la validez y las prácticas sociales en la ciencia y el derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014.P. 177-178.

pura teoria, non accademia. Il giurista “fa cose con le parole”, come è stato intensamente detto: studiamo e pratichiamo “giurisprudenza”, un sapere pratico che oscilla tra scienza e tecnica (o forse meglio arte), e che per questo da millenni viene assimilato alla medicina, il cui statuto è il più intricato miscuglio di conoscenze teoriche, sperimentazioni tecniche e garbo, delicatezza, umana sensibilità, intuito, estetica, visione e tatto, know how clinico e saggezza profonda.”¹⁶⁰⁷

Com o *objeto do processo formal* o fenômeno conflitual teria em um sistema de Ciência Processual uma subsunção que muitas vezes aderir-se-ia à filosofia da consciência do julgador¹⁶⁰⁸ e de outro modo às manifestações abstratas no julgar em teorias apregoadas a argumentativismos, sofismos, ideologias *políticas*. Conforme visto no trabalho, a jurisdição caminhou de uma atividade de subsunção, onde não havia aderência política à jurisdição, passando a um segundo momento em que à jurisdição manifesta-se, na figura do julgador, alta carga de centralidade política. Ambas as expressões da jurisdição não são *democráticas*: a primeira, pois formava o objeto do processo formal em uma estrutura lógica dedutiva extremamente racional; a segunda por perpassar a motivação pela filosofia da consciência.

A centralidade na jurisdição não é capaz mais de responder à democracia atual. O ativismo judicial em sua velha fórmula (foco extremado no julgador) por um lado, era capaz de ampliar o direito subjetivo no tocante ao objeto do debate processual, e ultrapassar os limites do estrito legalismo dogmático e estático; *porém, de outro lado, pode a sociedade sofrer as consequências das decisões jurisdicionais apregoadas à filosofia da consciência do julgador. Não há mais espaço para essa antiga fórmula.*

Importante, assim, aderir ao processo a sua fase dinâmica, pois democratiza o processo, ao permitir a dialética processual e a formação das partes na construção da decisão judicial. O momento estático do direito, qual seja o objeto do processo – aqui em sentido formal, lei – não é capaz de, por si configurar a tutela no caso concreto. Por isso, o momento dinâmico é o desvelador do objeto do debate formal, e sobre este momento é que se perquirirá sobre o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses junto ao processo.

O Estado-Juiz, na atualidade, efetua a superação da saturação legal do direito, pois adquire espaço amplo de compreensão hermenêutica junto a construção e a desconstrução do

¹⁶⁰⁷RIVELLO, Pierpaolo. **Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea**: Logiche processuali e paradigmi scientifici. Roma: Giappichelli, 2010.P. 4.

¹⁶⁰⁸A hermenêutica filosófica vem a corrigir e dar uma nova consciência filosófica à interpretação das normas de direito positivo, essa nova consciência implica, por conseguinte em duas convicções: a primeira se refere, que seja possível formular interpretações verdadeiras, ou, para ser mais preciso, exatas (*richtig*); a segunda, que seja possível formular interpretações passivas, na qual não entre em jogo a personalidade do intérprete.

objeto do processo formal pelo objeto do debate processual. Esse espaço de debate supera a textualidade estática pela dinâmica contextual apresentada pelo caso-problema ultrapassando o ostracismo legal junto a compreensão hermenêutica do fenômeno, pela criação do direito possibilitado pelo princípio do *iura novit curia*.

4.2 - Do Objeto do Processo Substancial^{1609, 1610} – direito subjetivo como situação jurídica subjetiva^{1611,1612}

[...]detrás del hecho que compruebo, es decir, la protección social de una cierta situación, supongo que hay un derecho subjetivo y un sujeto de derecho titular de ese derecho, forja una hipótesis que car fuera de la demostración directa de los hechos.¹⁶¹³

Com o fenômeno da Constitucionalização do Direito¹⁶¹⁴ adere à normatividade um caráter interpretativo que se acentua no alcance do texto ao contexto e absorve o direito um sem

¹⁶⁰⁹Nel contesto di questa ricostruzione, tuttavia, per un verso l'oggetto di mérito del processo civile risulta essere pur sempre costituito (*oltre che dall'azione anche*) da una situazione giuridica soggettiva di diritto sostanziale, di cui non si postula affatto la crisi, e, per altro verso, all'attore spetta comunque il mero compito di dedurre in giudizio il diritto per cui chiede tutela. Non a caso si afferma che, ai fini dell'operatività degli istituti della litispendenza, degli effetti sostanziali della domanda giudiziale e del giudicato, deve aversi riguardo al diritto sostanziale per cui l'attore domanda tutela giurisdizionale. Il diritto sostanziale per cui si chiede tutela, insomma, pare assumere un ruolo decisivo anche in questa prospettiva ai fini dell'individuazione della *res in iudicium deducta*, risolvendosi l'actio in un mero *quid pluris* (di rito) rispetto alla situazione giuridica di diritto sostanziale. Così, di fatto, si rende irrilevante il dato testuale poco più sopra richiamato. Anzi, proprio in virtù del collegamento funzionale sussistente tra diritto sostanziale ed actio, questa nuova elaborazione sull'azione, nella misura in cui valorizza pur sempre il ruolo del diritto sostanziale (di cui l'actio costituisce solo fatto impeditivo, modificativo o estintivo), rende configurabile l'ipotesi di un processo italiano al cui merito sia applicabile la legge sostanziale straniera. Ciò benché l'art. 12 della legge n. 218/1995 ponga una correlazione tra operatività della *lex fori* e azione giurisdizionale instaurata in Italia. (D'ALESSANDRO, Elena. **L'oggetto del Giudizio di Cognizione**. Tra Crisi delle Categorie del Diritto Civile e Evoluzione del Diritto Processuale. Torino: Giapichelli Editore, 2016. P. 27)

¹⁶¹⁰La voluntad humana, en efecto, aparece como un factor inoperante en el contexto de una praxis política identificada con la acción del poder. En tales coordinadas, la voluntad no interviene, salvo para provocar el desorden revolucionario, o para el acatamiento a designios históricos elevados a la categoría de mandatos de Dios. (COSTAÑO, Sergio Raúl. **Lecturas críticas sobre el Poder Político**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. P. 212)

¹⁶¹¹Nel suo senso originario, la giustizia processuale si mostra nella capacità propria dell'autentico giurista, di esaminare i molteplici ed opposti aspetti che caratterizzano la realtà: pertanto il diritto non è dato della fissità delle norme positive, ma dal movimento logico e pratico che consente di vagliare un problema controverso esaminando le alternative che il medesimo presenta. (MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.103)

¹⁶¹²*Pero el derecho es una forma de la voluntad humana.* (STAMMELER, R. **Teorias del Derecho y del Estado**. Barcelona: General Editora, 1941. P. 58)

¹⁶¹³DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. 2ª ed.. Madrid: Príncipe, . P. 202

¹⁶¹⁴La necesidad de armonizar el momento estático (o constitucional) y el dinámico (o procesal) resulta inmediatamente de la insuficiencia de pretender explicar el acceso procesal a la jurisdicción únicamente para "excitar" la actividad de los órganos jurisdiccionales. *La concepción abstracta de la acción se completa pues con la de pretensión, es decir, con una "declaración de voluntad* en la que se solicita una actuación del órgano

número de possibilidades interpretativas postas ao relevo dos fenômenos contextuais, absorvidos pelo direito como adaptação existencial. Com a pós-guerra, a Constituição, longe de flutuar sem incidência direta, atua em uma penetrante revolução cultural também no nível jurídico, exprimindo - em respeito ao passado - uma visão invertida da gênese do direito e, conseqüentemente, operando assim em uma mudança de fundo de sua essência, em sua estrutura e função; logo a Constituição adere-se aos fenômenos sociais. Somada a queda do muro de Berlim e o fim da terceira guerra mundial, fenômenos esses desaprisionam o homem dos cerceamentos da liberdade estabelecidas pelo Estado, de forma que a sociedade acaba dinamizando-se, pluralizando-se.¹⁶¹⁵

jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración". Situados en el plano dinámico, funcional o procesal tiene pleno sentido argüir que "no hay proceso puramente abstracto que exista por sí y para sí mismo: *todo litigio tiene un objeto*. Si el actor deduce su acción es para que se le reconozca alguna cosa y es precisamente a lo que se opone el demandado; es la naturaleza jurídica de esa 'alguna cosa', del objeto del proceso, de lo que se trata aquí". Su aparente sencillez puede ocultar su importancia y las ya viejas discusiones doctrinales sin resultados definitivos ni universalmente admitidos. Llegados aquí surgen dos relevantes y conexas cuestiones: en primer lugar, la de que la pretensión procesal en cuanto formulada contra alguien (demandado) parece connotar la preexistencia de un conflicto y, en segundo lugar, que una cosa es el objeto litigioso, es decir la relación jurídica discutida. (ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n.º23, 1996. Pp.13-48. P. 2-3)

¹⁶¹⁵La Costituzione, infatti, lungi dal galleggiare senza incidenze dirette, attua una penetrante rivoluzione culturale anche sul piano giuridico, esprimendo – rispetto al passato – una visione invertita della genesi del diritto e, conseqüentemente, un mutamento di fondo nel puntualizzarne l'essenza. Essa, per la prima volta nella storia dell'Italia moderna, dà volto a una società plurale, autenticamente plurale. Tutta la complessità del 'sociale' è registrata fedelmente, cui alfine corrisponde una coerente complessità giuridica. Se questo è potuto avvenire, è perché cambia il quadro di osservazione grazie al quale disegnare la configurazione del diritto. I Padri Costituenti, infatti, nei due anni fertili del '46 e del '47, guardano dal basso, dal substrato radicale della civiltà italiana laddove non era penetrato il veleno inquinante della barbarie fascista, e lì, soltanto lì, leggono e decifrano valori diffusamente condivisi. La nostra Costituzione diventa così quasi un modello di quella invenzione che è nel titolo della lezione, incarnando la concretizzazione di un reperimento. Con questa necessaria precisazione: i centotrentanove articoli, dei quali si compone il testo della 'carta', sono senza alcun dubbio una cospicua manifestazione della dimensione costituzionale della Repubblica, senza dubbio quella che premeva ai Padres per fissare alcuni pilastri basilari della convivenza Chi ama ridurre il diritto a una geometria avrà sicuramente un moto di rigetto e, forse, addirittura di ripugnanza per una conclusione che geometrica non è e non può essere, che sembra soffrire, insomma, di elasticità e di vaghezza; di elasticità certamente, ma non di vaghezza. Sì elasticità, che rispecchia il carattere dinamico di ogni Costituzione, perché i valori, che pure rifuggono dall'episodico e dal labile, nascono e si affermano per gli uomini, e gli uomini vivono nella storia (la plasmano e ne sono plasmati), e la storia diviene, si muove, anche se spesso il movimento (pur ineliminabile) si percepisce solo nella lunga durata, lentissimamente, assomigliando al cammino dei ghiacciai della natura fisica, impercettibile ma oh quanto incisivo sulla realtà da essi attraversata. Vaghezza no, perché è netto e nitidamente precisato il nucleo valoriale, irradiante ed espansivo (punto su cui insisteva il rimpianto amico Paolo Barile) ma serrato nel suo messaggio essenziale: garantire a ogni persona – anche a quella socialmente ed economicamente ultima – la salvaguardia della sua dignità. Questo è il nucleo valoriale che sorregge la dimensione costituzionale della Repubblica e di cui la 'carta' è soltanto una manifestazione facilmente accostabile, leggibilissima com'è nel suo linguaggio piano e semplice. Ecco i suoi punti fermi agevolmente individuabili: primato storico e logico della persona umana rispetto allo Stato e, come affermavamo più sopra, esigenza insopprimibile di garantire il rispetto assoluto della sua dignità nonché delle libertà che – sole – possono salvaguardarla appieno; concezione della persona come creatura relazionale immersa in rapporti sociali orientati e ordinati da un saldo principio di solidarietà. Dunque, una dimensione costituzionale complessa. Se mi è permessa l'immagine, a due strati; e mi sentirei anch'io di parlare di un testo quale superficie affiorante di una sorta di continente sommerso, che si presenta alla nostra percezione quale latente ma viva e determinante costituzione materiale. Se non lo faccio è per evitare rischiosi equivoci, avendo quest'ultimo sintagma ricevuto da un prestigioso costituzionalista, Costantino Mortati, un contenuto (tutto sommato) anchilosante nella sua riduzione alle forze politiche dominanti. Sono, infatti, convintissimo che si tratta

Se a sociedade constrói seu direito somente em direitos subjetivos, cria-se uma noção muito egoísta do social, pois o homem isolado e autossuficiente é uma ficção: o direito, por si, é o reflexo da intersubjetividade humana, que vai muito além dos simples direitos subjetivos.¹⁶¹⁶ No objeto do processo formal, como visto acima, o juízo é subsuntivo; já no objeto do processo substancial, a resposta não adquire carácter subsuntivo: a ciência apregoa-se ao método indutivo – Pontes de Miranda – reflexo direto da constitucionalização do direito.¹⁶¹⁷

di un ampio anche se non indefinito strato valoriale dove, al di là di un aspetto politico, conta quello etico e sociale. (GROSSI, Paolo. **La Invenzione del Diritto**: a proposito della funzione dei giudici. Disponível em: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf Acessado em:30/01/2018)

¹⁶¹⁶A esta noción metafísica del derecho subjetivo se refería una concepción puramente individualista de la sociedad y del derecho objetivo, es decir, del derecho imponiéndose como regla de conducta a los individuos y a la colectividad personificada, al Estado. Este individualismo tiene un pasado lejano; es el producto de una larga evolución; tiene su origen en la filosofía estoica; había encontrado su fórmula jurídica en el Derecho romano clásico, habiendo llegado en el siglo XVI, y en el siglo XVIII a una fórmula completa y definitiva que puede resumirse así. El hombre es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos individuales inalienables e imprescritibles, de derechos llamados naturales, indisolublemente unidos a su cualidad de hombre. Las sociedades se han formado por la aproximación voluntaria y consciente de los individuos, que se han reunido con el fin de asegurar la protección de sus derechos individuales naturales, se ha impuesto restricciones a los derechos de cada uno, pero sólo en la medida en que esto es necesario para asegurar el libre ejercicio de los derechos de todos. La colectividad organizada, el Estado, no tiene otro fin que proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno. La regla de derecho, o el derecho objetivo, tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo. Impone al Estado la obligación de proteger y de garantizar los derechos del individuo; le prohíbe hacer leyes o relizar actos que atenten contra ellos. Impone a cada cual la obligación de respetar los derechos de los demás. El límite de la actividad de cada cual tiene por fundamento y por medida la protección de los derechos de todos. En el artículo 4º de la Declaración de los derechos del hombre se lee: la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dane a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguren a los demás límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley. El artículo 5º dice: La ley no tiene derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad. Y en el título I, párrafo 3º de la Constitución de 1791 se lee: el poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que atente y sea obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles. Esta concepción puramente individualista del derecho es tan artificial como la concepción metafísica del derecho subjetivo. Como ésta, es un producto histórico; ha tenido su valor de hecho en un momento dado; pero no puede subsistir.

Em primer lugar, está intimamente ligada a la noción del derecho subjetivo, y si, como yo creo haber demostrado, ésta es una noción de orden metafísico que no puede ser sostenida en nuestras sociedades modernas, dominadas por el realismo y el positivismo, la concepción individualista debe, también, desaparecer. Por otra parte, tomada en sí misma, la concepción individualista es insostenible. Esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad. Además, hablar de los derechos del hombre natural, aislado, del individuo en sí, separado de sus semejantes, es hacer una contradicción in adjecto. En efecto, todo derecho por definición implica una relación entre dos sujetos. Si imagina un hombre aislado y absolutamente separado de sus semejantes, no tiene, no puede tener derechos. Robinson en su isla no tiene derechos; no puede tenerlos en tanto no este en relación con otros hombres. El individuo no puede, pues, tener derechos más que cuando vive en sociedad y por que vive en sociedad. Hablar de derechos anteriores a la sociedad es hablar de la nada. Y como por otro lado hemos visto que en realidad el hombre social no puede tener derechos subjetivos, todo el sistema jurídico fundado en la noción del derecho jurídico y sobre la concepción individualista, se derrumba, arruinado por sí misma base (DUGUIT, Leon. Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. 2ª ed.. Madrid: Príncipe. P. 31-35)

¹⁶¹⁷A maior parte dos ordenamentos jurídicos refere-se á “ameaça ou lesão ao direito”, que deve ser tutelada pelo Poder Judiciário (art.5º XXXV, CF).

Contemporaneamente não se tem como centralidade o dogmatismo e nem a segurança dos clássicos, já que, se trata de arte, conhecimento ou ação. O pensamento atual oferece um duplo caráter de “*inconclusão e de ambiguidade*”, ambas impregnadas na textura mesma de nossa vida individual e coletiva - que se quer permitir falar de declinação ou decadência¹⁶¹⁸ do que fora construído pela racionalidade vincada ao paradigma científico clássico – que assim como a racionalidade em seus primeiros tempos é pura dedução-, mas a racionalidade supera seu núcleo central, e a mesma absorve para si a ciência – tornando-se assim a racionalidade científica forma de indução-, fazendo com que possa se falar em uma racionalidade

O objeto do processo substancial visa superar a formação rígida e improdutiva ao direito vincada ao objeto do processo formal, deve tal teoria do mérito ser formulada com os problemas existenciais que, possibilitando que o Direito como Processo apresente o fenômeno conflitual como criação de direito para a adaptação existencial.^{1619, 1620}

¹⁶¹⁸MERLEAU-PONTY. *El Mundo de la Percepción*. Siete Conferencias. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. P. 69-70 e 74.

¹⁶¹⁹I tre argomenti prospettati in precedenza, al pari di quelli contrapposti, considerano l’oggetto del processo e del giudicato esclusivamente da un punto di vista strutturale. Essi considerano il problema risolto, sol che si identifichi con un sufficiente grado di precisione che cosa l’attore ha dedotto in giudizio: un diritto sostanziale o una mera questione? I due punti di vista contrapposti sono accomunati da una notevole astrazione. Entrambi si muovono sul piano della teoria della fattispecie, tanto che l’alternativa potrebbe essere così riformulata: oggetto del processo è un effetto giuridico o un elemento della fattispecie? In altra sede, ho accennato alle difficoltà che incontra la statica ricostruzione dell’oggetto del processo entro la teoria della fattispecie ad inquadrare la concreta dinamica delle attività protettive o lesive degli interessi umani. Tale ricostruzione allontana frequentemente l’idea di oggetto del processo da quella realtà contingente e concreta che l’attore chiede hic et nunc di sottoporre a giudizio. In una parola, tale ricostruzione allontana la teoria giuridica dalla vita, che però “cerca a sua volta di insinuarsi nel diritto, di penetrare in strutture dalle quali si era voluto tenerla lontana, di prendere stabile possesso di aree che si volevano ad essa precluse”. Tale concezione è quindi da integrare o correggere con altri criteri, che accorcino questa distanza, come la rivalutazione della nozione empirica chiovendiana di “bene della vita”, ovvero l’apertura verso la nozione di oggetto del processo propria dell’esperienza giuridica tedesca, che secondo l’opinione maggioritaria si basa sull’hic et nunc della pretesa, così come specificata nel processo dalla richiesta di tutela collegata alla descrizione della situazione della vita. Punto di partenza è acquisire pienamente la consapevolezza che appiattare l’oggetto del processo entro la teoria della fattispecie è un difetto, che è causa non remota del “muro contro muro” dottrinale occorso nei primi commenti sull’art. 140-bis c. cons. (CAPONI, Remo. **Processo civile e complessità**. Disponibile em < <https://www.scribd.com/document/348570805/Remo-Caponi-Processo-civile-e-complessita-pdf>> Acessado em 30/01/2018. P. 6)

¹⁶²⁰La questione può essere affrontata nei seguenti termini: se cioè l’oggetto del processo sia identificabile, come afferma la teoria dei diritti potestativi, con “il diritto di porre in essere il dovere del giudice di operare il mutamento con la sua sentenza” oppure con lo stato o il rapporto giuridico da mutare; l’individuazione dell’oggetto del processo nel rapporto giuridico o nel diritto potestativo dipende dalla posizione che si assume in ordine alla necessità che la “sentenza riconosca un bene della vita avente importanza in processi futuri”. [...] Gli sforzi della dottrina per qualificare il diritto potestativo come vero e proprio diritto soggettivo hanno fatto sorgere il dubbio se non sia più utile per spiegare la realtà, nelle fattispecie in esame, ritenere che l’oggetto del processo sia costituito dalle situazioni soggettive di pretesa, facoltà, obbligo o soggezione modificate, impedito o estinto a seguito dell’esercizio del diritto potestativo sostanziale, piuttosto che dall’esistenza o meno di quest’ultimo. Sotto questo profilo, la ricostruzione che incentra l’oggetto dell’accertamento giudiziale sull’esistenza del diritto potestativo sostanziale è parsa viziata da “eccessivo concettualismo” che la rende poco idonea a spiegare la realtà. Più precisamente, si è sottolineato che il diritto potestativo ha natura “strumentale” rispetto all’effetto finale cui è rivolto e rileva quale autonoma situazione soggettiva idonea a costituire oggetto del processo solo finché non venga esercitata e mai dopo il suo esercizio, perché una volta esercitato (in via stragiudiziale o nel corso del processo nella forma dell’eccezione) il diritto potestativo sostanziale si estinguerebbe per consumazione, per raggiungimento della sua funzione. Secondo una certa impostazione dottrinale, a seguito dell’esercizio del diritto potestativo ciò su cui le

Por esta ótica, o direito se põe a serviço da sociedade, ressaltando a relevante importância do direito, o que é muito bem expressada pela concepção de Responsividade, pois esta reconhece no direito um instrumento civilizador em razão da *adaptação existencial* que

parti contendono, e quindi costituisce oggetto del giudizio, è solo l'esistenza o no delle situazioni giuridiche soggettive di pretesa, facoltà, obbligo e soggezione modificate, impedita o estinta a seguito della fattispecie complessa costituita insieme da fatti modificativi, impeditivi e estintivi e dall'atto di esercizio del diritto potestativo. (MATTIUZZI, Marta. **L'oggetto del Processo Amministrativo di Legittimità**. Ferrara: Università degli Studi di Ferrara, Anni 2007-2009. 217 p. Dottorato di Ricerca in Comparazione Giuridica e Storico-Giuridica. P. 46 e 51-52)

realiza.¹⁶²¹ A criação do direito se dá pelos fatos da vida – fenômenos¹⁶²² - (*ex facto óritur ius*¹⁶²³) não juridicizados, e não pelos fatos postos pelo legislador. Essa visão supera a forma

¹⁶²¹Una segunda pregunta sobre la relación entre derecho y sociedad es de carácter estático o, si se quiere, sincrónico. ¿Cómo encara el derecho a la sociedad? ¿Cómo se enfrenta a las expectativas y estímulos de todo tipo provenientes de ese plano? El carácter binario de esta pregunta arroja dos posibles respuestas: o bien el derecho reacciona frente a la sociedad protegiéndose a sí mismo o bien se pone al servicio de ella. Esta distinción básica engendra dos modelos para entender la relación entre derecho y sociedad y la intersección entre derecho y política. Uno de ellos, que denominaré la autonomía del derecho, consiste en la creencia que el derecho contiene una racionalidad propia, inmanente, a la cual deben ser sometidos los hechos sociales que se le presentan. Para esta concepción el derecho, comportándose como un factor o elemento activo, estructura a la sociedad, el elemento que se comporta como un factor pasivo. Así, por ejemplo, para Soto “el Derecho es instrumento civilizador”, no “mera fachada formalista”, pues es “una determinación, una medida” que “del mismo modo que un molde o matriz” va “moldeando las relaciones sociales dándoles su propia forma”, “impregna[ndo] de orden la vida colectiva” y “constriñ[endo], también, a las energías vivas de la comunidad a elevarse hasta su propia altura, a llevar grabada su marca específica”. El otro modelo, al que me referiré como la responsividad del derecho, consiste en la creencia que el derecho encuentra sus fines y rasgos fundamentales en la sociedad concreta en que existe, a la cual sirve como un medio a un fin. Para este punto de vista, la sociedad es el término activo que estructura al derecho, el elemento pasivo. Así, Novoa considera que “el papel propio del jurista empieza recién cuando se trata de traducir en normas jurídicas, precisas y distintas, el comportamiento que deben observar los miembros de la sociedad” una vez que “el poder político asesorado por técnicos sociales” ha hecho la selección, “considerando las circunstancias de la vida social”, del “modelo de organización social” a ser implementado en concreto. Esto es así porque, según Novoa, “el derecho carece de un contenido propio y constituye únicamente un conjunto de formas que el legislador utiliza para alcanzar efectos prácticos en la conducta de los hombres”. Autonomía y responsividad son dos ideales de derecho contrapuestos: dos imágenes distintas y que compiten entre sí, cargadas de atractivo emocional y racional, acerca de por qué obedecer al derecho es algo valioso, por qué el imperio de la ley es un proyecto de sociedad que vale la pena. Los discursos así contruidos contarán con sus propios mitos fundacionales, sus ritos justificatorios, sus héroes, santos, y demonios; buscan darle significado o sentido a la realidad, a nuestras prácticas sociales y a nuestra vida en común. Su carácter fundamentalmente normativo le permite a estos discursos cumplir funciones justificatorias y prescriptivas: dan cuenta de por qué actuamos como lo hacemos y de cómo podemos mejorar. Al dar una respuesta a la pregunta de por qué es valioso vivir bajo el imperio del derecho, autonomía y responsividad cumplen a nivel social la función que Kelsen asignaba a nivel conceptual a la Grundnorm, “fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico”. Como ideal de derecho, la autonomía apela a la autoridad de la experticia, del dominio de los profesionales del intrincado y exigente mundo del conocimiento jurídico. Desde esta perspectiva, la autonomía del derecho ha de ser defendida para preservar la integridad del imperio de la ley contra su disolución en mera argumentación moral, su violación por parte de los actores políticamente motivados, y su rendición a la opinión pública o las preferencias populares. Para la autonomía del derecho, las esferas sociales situadas más allá de los límites de lo jurídico –es decir, la moral, la política, la opinión pública– son imaginados pesimistamente, como posibles amenazas a la pureza y la integridad de la ley. Por su parte, la responsividad apela a la autoridad de la identidad comunitaria, de la capacidad del derecho de reflejar el ethos social y de satisfacer a los destinatarios de las normas. Desde esta perspectiva, la responsividad es una condición necesaria para su legitimidad, por su capacidad de despertar una aceptación casi espontánea y responder a los problemas y necesidades propias del lugar y tiempo en que existe. Para la responsividad, las esferas o prácticas sociales que están más allá de los límites de lo jurídico son imaginadas con optimismo, como fuentes inagotables de autoridad y de renovación. Estos dos ideales del derecho expresan acertadamente temas más amplios del imaginario social de la modernidad, tales como los valores del conocimiento especializado y del autogobierno, el poder universal de la razón y el arraigo profundo de lo local; por esta razón, a pesar de que podamos abrazar con pasión un imaginario u otro de manera recíprocamente excluyente, finalmente no podemos descartar ninguno de ellos de nuestro discurso colectivo. Son modalidades de argumentación jurídica fundamentales, rasgos distintivos del discurso jurídico que están profundamente arraigados en nuestro imaginario social y profesional. Autonomía y responsividad presentan, en definitiva, una relación compleja entre sí. Compiten pero también se complementan. Forman, en definitiva, una oposición binaria que estructura nuestra percepción del fenómeno social, un complejo o conjunto dialéctico, una complexio oppositorum. (MUÑOZ, Fernando. Autonomía y Responsividad: Sobre la Relación entre Derecho y Sociedad. *Anuario de Derecho Público*, n.º1, 2011, Pp.502-524. P. 509-511)

¹⁶²²La sociologie du droit, du temps qu'elle faisait ses premiers pas, aurait souvent incliné à la même attitude. Parce qu'elle voyait dans le juridique la forme la plus achevée du social (à cause de la sanction organisée), il lui semblait que, la société étant partout, le droit ne devait être absent de nulle part, et elle le concevait comme un continu sans faille. Parvenue par la maturité à plus de compréhension, la sociologie juridique d'aujourd'hui a cessé de

clássica do *iura novit curia* (dê-me os fatos que eu te darei o direito – legislado), pois vê na dinamicidade da vida a criação do direito pelo processo.¹⁶²⁴

A pretensão não se dá pela mera dedução de direito subjetivo – como ocorre no objeto do processo formal: ela manifesta a autonomia da vontade¹⁶²⁵ na proteção de tutelas,

revendiquer pour le droit cette ubiquité divine. Elle reconnaît que tout le social n'est point juridique, outre que, dans les rapports entre les hommes, il s'en rencontre peut-être qui échappent au droit parce qu'ils ne sont même pas socialisés. Elle en vient ainsi à admettre que le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine, qu'il y a, dans les sociétés, des vides de droit, et elle pose, au moins comme une hypothèse, à côté du droit, le non-droit. Le non-droit, s'il faut en donner une première approximation, est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent. Ce n'est pas, bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif. Ce n'est pas non plus le sous-droit, tel qu'il peut se produire dans la sous-culture de certains groupements particuliers. Les phénomènes que l'on qualifie d'infrajuridiques - ainsi, le droit folklorique, ou la coutume ouvrière (au sens de Maxime Leroy) - apparaissent comme du droit dégradé, à tout le moins du droit imparfait (parce que non étatique) : ce sont, en tout cas, eux aussi, des phénomènes positifs. Le non-droit, au contraire, une négativité, une absence caractéristique. Deux réflexions, à cet endroit, peuvent être proposées: l'une qui aggrave la difficulté de l'hypothèse, l'autre qui l'atténue quelque peu. La réflexion maximisante est que le non-droit n'est pas simplement le noncontentieux. Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable, dans un minimum de sociabilité. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux - cette pathologie - est infiniment plus petit que le droit. Mais l'hypothèse du non-droit ne se réduit pas à n'être qu'un non-contentieux: elle a un sens beaucoup plus grave: c'est que l'homme pourrait bien n'avoir même pas besoin du droit. La réflexion minimisante est que la différence du droit au non-droit, différence de nature s'il en fut, peut tout de même, assez souvent, être ramenée à une différence de degré : la différence de plus de droit à moins de droit. Ce passage d'un ordre de différence à l'autre est légitime d'un point de vue sociologique, parce que, d'un tel point de vue, le droit qui est présent dans une catégorie de relations humaines peut être conçu comme une masse statistique, susceptible de plus ou de moins. Quand nous parlerons de non-droit, il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique. La relativité ainsi introduite peut dissiper les tourments philosophiques que susciterait le concept d'un pur néant. (CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit** : Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur. 10^a ed. Paris: EJA, 2001. P. 25-26)

¹⁶²³L'auforismo *ex facto oritur ius* usato spesso come succedaneo dell'altro da mihi factum dabo tibi ius è stato formulato da Guglielmo da Cunio nel Proemio alle Lectura supra Digesto Veteri, prendendo spunto da un testo a commento della legge Aquilia, contenuto nel Digesto, del giureconsulto Alfeno (Digesta 9,2,52,2). (MINGARDO, Letizia. Il principio processuale della giurisdizione. Em: MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.218)

¹⁶²⁴La massima *ex facto oritur ius* avvalora la prospettiva processuale del diritto laddove ci rammenta che il fatto non è tanto un elemento virtuale descritto dal legislatore che intere prevedere e prevenire il contrasto che potrebbe svilupparsi nella lite, quanto piuttosto un aspetto della quotidiana e complessa realtà del mondo umano, che ritrova nel processo la memoria della sua natura conflittuale di evento generatore di opposte contestazioni destinate a trovare una via di soluzione nel processo. Ragionando sul fatto controverso, le parti e il giudice dovranno così tener conto che il singolo ed impreveduto caso non può essere inquadrato nello schema della norma come l'applicazione della tessera in un mosaico di proporzioni prestabilite, ma si ritrova nella ricerca e nella raccolta delle prove che connota la tensione collegante del dibattito processuale che si sprigiona tra contesta e contestazione, tra domanda ed eccezione, tra accusa e difesa. (MINGARDO, Letizia. Il principio processuale della giurisdizione. Em: MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.217)

¹⁶²⁵Situações de facto juridicamente relevantes são, muitas vezes, aquelas que constam de uma ou mais declarações, que estão dirigidas ao surgimento de consequências jurídicas (negócios jurídicos). Estas declarações, como todas as manifestações de opinião e vontade, carecem de esclarecimento. Mas as declarações jurídico-negociais não são só situações de facto a cuja presença a lei ligue determinadas consequências jurídicas, mas indicam, segundo o seu próprio conteúdo, que deve ter lugar esta ou aquela consequência jurídica. Assim, uma denúncia indica que a relação jurídica objecto de denuncia termina no momento apontado; um contrato relativo a transmissão da propriedade sobre determinada coisa, que essa se transmite ao adquirente; um contrato obrigacional, que alguém deveria estar obrigado perante outrem, ou em face ao outro, a uma determinada prestação. A declaração de vontade jurídico-negocial não contem somente a manifestação de uma determinada opinião ou intenção; e, nos termos do seu sentido, declaração de vigência, quer dizer, um acto que tem como

apreensível de uma representação do fenômeno conflitológico de interesses como abertura de novos horizontes induzindo pela compreensão hermenêutica – novas possibilidades. A pretensão subjetiva é assim um ato de vontade¹⁶²⁶, algo que alguém *faz*, e não que alguém *tem*.

objectivo por em vigor determinada consequência jurídica. Os negócios jurídicos são situações de facto que implicam já as consequências jurídicas que a eles estão primariamente coordenadas. Com isto, distinguem-se, de modo fundamental, de todas as outras situações de facto juridicamente relevantes. Já se fez acima (no cap. II, em 2a) referência a que as partes, no caso de um contrato obrigacional juridicamente válido, estão obrigadas as prestações contratuais principais, porque a isso se obrigaram pelo próprio contrato. A sua obrigação não resulta, portanto, de que a lei a ligue a uma determinada previsão, como consequência jurídica, mas — sob o pressuposto de que o ordenamento jurídico em causa reconhece em geral contratos desse gênero, portanto sob o pressuposto e adentro dos limites em cada caso da «autonomia privada — do próprio tipo legal «contrato obrigacional juridicamente válido (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 419-420)

¹⁶²⁶La synthèse des exemples qui précèdent, peut être cherchée dans la notion de volonté juridique. Suivant notre système consensualiste, la volonté est créatrice d'engagements juridiques. Mais pas n'importe quelle volonté. Il n'est que de se rappeler la définition classique de l'acte juridique: une manifestation de volonté qui est destinée à produire des effets de droit, des modifications de l'ordonnement juridique; autrement dit, qui est destinée à introduire une relation humaine dans la sphère du droit. Réciproquement, la volonté des parties peut se proposer de maintenir hors du droit, dans le nondroit, la relation envisagée. L'autonomie de la volonté n'est pas seulement la liberté de créer du droit: elle est aussi la liberté, largement ouverte aux hommes, de demeurer dans la pure absence qu'est le non-droit. La pratique n'a pas toujours une conception assez ferme de ce caractère facultatif du droit contractuel, de cette option fondamentale entre le contrat juridique et l'accord purement amical. Témoin certaines assertions au sujet de ce que l'on a nommé la convention d'hébergement ou d'occupation précaire. Sous réserve de la fraude à la loi, cette convention échappe à la législation contraignante des baux à loyer, et notamment à l'interdiction des sous-locations. On y met, toutefois, la condition que l'hospitalité donnée soit non seulement gratuite, mais temporaire. Si elle était durable, quoique gratuite, le cas retomberait dans la sous-location prohibée. Mais une telle condition n'est admissible que s'il existe un acte juridique véritable entre le locataire et son hôte. Or, bien souvent, celui qui accueille ainsi à son foyer des parents ou des amis n'entend pas contracter envers eux d'engagement juridique, faire naître contre lui-même le principe d'une action en justice; sa volonté est de se cantonner rigoureusement dans le non-droit. Il n'y a donc pas, dans ces arrangements domestiques, un contrat juridique de sous-location qui puisse, en tant que tel, être saisi par le droit. (CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit** : Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur. 10ª ed. Paris: EJA, 2001. P. 37-38)

¹⁶²⁷ A parte vale-se para invocar a legitimidade de agir, de ser ela parte para *invocar pretensões*, a fim de ter a faculdade na obtenção da tutela jurisdicional a partir do direito de petição.^{1628, 1629}

¹⁶²⁷La pretensión, es un acto no un poder; algo que alguien hace, no que alguien tiene; una manifestación, no una superioridad de la voluntad, no sólo la pretensión es un acto y, por tanto, una manifestación de voluntad, sino uno de aquellos actos que se denominan declaraciones de voluntad; también ésta es otra de las nociones que el alumno debe tomar de la eoria general. Dicho acto, no sólo no es, sino que ni siquiera suponer el derecho (subjetivo); la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene el derecho y, por tanto, puede ser fundada o infundada. Tampoco el derecho reclama necesariamente la pretensión; como puede haber pretensión; al lado de la pretension infundada tenemos, como fenomeno inverso, el derecho inerte. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso**. Volume I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. P. 31)

¹⁶²⁸L'enunciato di cui, in questo studio, cercheremo di valutare la attuale, generale tenuta consiste nell'affermazione per cui l'oggetto (o, quantomeno, l'oggetto di merito) del processo di cognizione deve essere identificato con la situazione giuridica soggettiva di cui l'attore si afferma titolare (sulla base di una ipotesi di qualificazione giuridica) e per la quale chiede tutela a seguito di una asserita lesione imputabile al convenuto. Ad essere dedotto in giudizio, dunque, è il diritto soggettivo o, più in generale, una situazione giuridica soggettiva attiva che si caratterizza per il fatto di consentire al titolare l'iniziativa giurisdizionale; facoltà, quest'ultima, invece, non sussistente quando non si è in presenza di una situazione di tal fatta. In quest'ottica, lo scopo del processo di cognizione consiste nel determinare la regola del caso concreto; regola che il giudice pronuncerà partendo dalla affermazione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva posta in essere dall'attore nella domanda giudiziale (tenendo altresì conto delle successive difese del convenuto e, ovviamente, delle risultanze processuali). In quest'ottica, vi è un'unica astrazione che il foro concede al processo rispetto alla realtà di diritto sostanziale, ossia che l'attore non debba effettivamente essere titolare del diritto fatto valere bastando l'affermazione di titolarità³ per essere legittimato ad agire, i.e. per poter domandare tutela giurisdizionale. Poiché ogni ordinamento processuale individua a propria discrezione l'entità da porre ad oggetto del processo civile, il punto di partenza di questo contributo non può che essere costituito dall'analisi del dato normativo. (D'ALESSANDRO, Elena. **L'oggetto del Giudizio di Cognizione**. Tra Crisi delle Categorie del Diritto Civile e Evoluzione del Diritto Processuale. Torino: Giappichelli Editore, 2016. P. 17-19)

¹⁶²⁹O Autor Rendina aponta crítica a teoria que se atém a questões abstratas a formação do objeto do processo, assim segue sua análise: “Non volendo nemmeno in questo caso occuparci del problema della loro “astrattezza” rispetto al fatto materiale da cui sorgono ci preme rimarcare l'idea in base alla quale anche tali situazioni soggettive risultino individuate nel processo mediante l'indicazione sia dell'oggetto materiale sia del contenuto della singola prestazione, in quanto il medesimo bene materiale può essere oggetto di prestazioni differenti proprio in funzione del contenuto che esse hanno. A quest'ultimo fine un ruolo di primo piano è riservato alla descrizione dell'essenza della prestazione, la quale si attua nel modo più appropriato attraverso l'indicazione del tipo giuridico e, per tal via, dando conto della natura della situazione finale che s'instaura tra il titolare del diritto di credito ed il bene materiale (specifico, appunto) ottenuto all'esito del processo (nonché dell'eventuale fase esecutiva) avente tale diritto come oggetto. Dalla considerazione appena svolta, secondo alcuni, tuttavia, non si può dedurre un'automatica rilevanza rispetto al quesito dell'unità o della pluralità di qualsivoglia differente qualificazione giuridica. Infatti, ove la rilevanza del tipo giuridico dovesse essere considerata nei soli limiti in cui essa abbia ripercussioni sull'effettiva natura della situazione finale che s'instaura tra il bene ed il soggetto titolare del diritto – avente come oggetto l'ottenimento del bene specifico –, allora bisognerebbe confinare l'importanza di tale elemento, ai soli casi in cui la modifica della qualificazione giuridica esplica un apprezzabile riverbero sul contenuto della relazione soggetto-bene. Così, se la prestazione avente ad oggetto la consegna di una certa cosa risulta diversa ove essa sia dovuta quale esecuzione di un contratto di prestazione d'opera, oppure di deposito; la qualificazione giuridica della causa non ha alcun rilievo ove oggetto della prestazione sia la restituzione del medesimo bene per cessazione del comodato, ovvero per cessazione della locazione. Ma anche qui, non è possibile prendere posizione senza aver prima determinato da cosa sia effettivamente rappresentato il contenuto della prestazione, che dalla – prospettiva che ora ci occupa – rappresenta il punto di emersione del più ampio problema del contenuto del diritto dedotto, e – più nel dettaglio – delle relazioni sussistenti tra il contenuto del diritto soggettivo (qui resa rilevante tramite il richiamo alla nozione del contenuto della prestazione) e la questione di diritto (oggettivo) nel processo. Solo per trarre le fila del discorso, non può mancare di rimarcarsi il fatto che, in presenza di particolari rapporti giuridici, nei quali, tipicamente, l'elemento della richiesta è preponderante rispetto alla delimitazione di ciò che è stato fatto oggetto del processo, il loro profilo giuridico viene – più o meno esplicitamente, in modo più o meno esteso – considerato rilevante e, quindi, certamente sottratto alla mercé dei poteri del giudice. Non sembra, d'ipoi, casuale la circostanza, in primo luogo di ordine pratico, che tanto più deve essere dettagliato il contenuto della richiesta indirizzata al giudice, tanto minore è lo spazio di azione a questi riservato sul piano del diritto e che – di converso – in presenza di richieste necessariamente generiche, maggiori

A partir do visto pode-se dizer que a pretensão existe paralelamente ao direito subjetivo, mas também autonomamente, pois as vicissitudes de ambos são independentes.¹⁶³⁰ Não existem direitos subjetivos, mas existem apenas interesses, que podem ser propostos no processo pelo objeto formal (incidência da norma ao fato) ou como situação jurídica substancial. As partes expõem livremente sua própria vivência do direito, aportam mediante sucessivas afirmações o que em diversas intuições linguísticas se denomina o material fático do juízo, o objeto do processo, a coisa litigiosa. A ação é ligada ao mérito, e a pretensão, à lide.

La afirmación de la titularidad del derecho, esto es el desarrollo procesal de la acción legítima por sí mismo a la parte y por lo tanto es superfluo tratar de buscar las condiciones de la acción. La actividad de las partes en orden al derecho no debe ser entendida como problema de titularidad sino a lo sumo como problema de probabilidad legítima. La parte mediante su acción, clama por el derecho y pone los pilares que han de conducir a su eclosión en el proceso. Cualquier otro contenido excede de la teoría de la acción. Es irrelevante hablar de demandas fundadas o infundadas, trasponiendo al momento inicial del proceso lo que sólo puede resultar de su acto final, de la sentencia. La parte mueve los hilos del proceso, aunque no está sola en esta tarea: participa en la creación del juicio. Estos son los límites individuales de su actuación y el sentido que ésta tiene.¹⁶³¹

O desenvolvimento das teorias dualistas da ação é fruto das vicissitudes histórias que conduziram a autonomia do direito processual frente ao sistema do direito privado. Surge, remontando ao direito romano, a teoria monista¹⁶³². O monismo pode ser tido como: a) o desejo

sono le tendenze ad allargare le maglie dei suoi poteri di direzione sostanziale, a discapito delle allegazioni effettuate dalla parte. All'ombra della detta constatazione si trova l'idea che il diritto dedotto altro non sia che il vantaggio materiale, «il lato esteriore, per dir così, fisico» delle singole utilità pratiche – che all'esito del processo la parte domandante potrà ottenere – considerato in maniera (in misura maggiore o minore) svincolata dalla complessa dinamica dell'ordinamento e dalla ineliminabile interconnessione (a nostro modo di vedere) tra i rapporti giuridici. Che questa linea ricostruttiva sia corretta, nondimeno, ci permettiamo di dubitare.” (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 111-113)

¹⁶³⁰Frente a esta orientación la ciencia procesal reconsidero sus premisas y volvió sus ojos a la realidad práctica del proceso, que por aquel entonces tomaba también prestado el concepto de relación jurídica del derecho privado para explicar su naturaleza esencial: el derecho material constituye en la generalidad de los casos el objeto del proceso y es precisamente el elemento del que se nutre la relación procesal. El litigante aspira a que su derecho sea tutelado por el proceso; espera una resolución favorable de acuerdo con lo que se pide. Este es el contenido de la acción, que sigue concibiéndose como un derecho concreto. Se hace hincapié ahora en que el destinatario de la acción es fundamentalmente el adversario, que es el que vendrá sometido al reconocimiento del derecho del actor. Basta, pues, constatar esta realidad tan sencilla: la acción existe paralelamente al derecho subjetivo, pero también autónomamente, pues las vicissitudes de ambos son independientes. Ello resulta extremadamente claro en las hipótesis de acción sin derecho. En esta segunda etapa, la acción y el derecho se afianzan en sus respectivas posiciones y se establece tan sólo una relación paralela entre ambos. (MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P.80)

¹⁶³¹ MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P.189-190.

¹⁶³²Por su parte, las teorías monistas buscan solución precisamente a este problema por el único camino que puede llevar a tal logro: superando la impostación tradicional del mismo. La teoría de la acción debe ser elaborada en la unidad del ordenamiento jurídico. A mi entender, esta dirección se impone en el actual momento histórico, en el decidido propósito de abarcar la realidad jurídica en su continuidad de recrearse como jurídico, en un esfuerzo para salvar la integridad del derecho, amenazada sectorialmente; esfuerzo que es, sin duda, la máxima aspiración

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, e as vezes o inspiram ainda sem fazer referências mutuas, criando uma atmosfera de Direito como vontade constante, como experiencia jurídica, ou como criação judicial.¹⁶³³ 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.

del derecho procesal, a quien está encomendada la tarea de regular el camino para el juicio, creación definitiva del derecho (MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. P.108)

¹⁶³³Ciertamente 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 elaborada. 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 as veces lo inspiran, aun sin hacerse referencias mutuas. Así, la concepción del derecho como voluntad constante, como experiencia jurídica, o como creación judicial son ideas que se compongan 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, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. P.97-98)

Ao deduzir frente ao Estado-Juiz uma situação jurídica subjetiva^{1634,1635} por uma declaração de vontade, permite que o titular tome medidas acostadas ao direito, das mais diversas, inclusive quando a parte se encontre em situação de vazios jurídicos ou de não-direitos tutelados.

O direito subjetivo imediato com a constitucionalização do direito e sua relevância normativa (regra e princípio) tem oportunizado um sem número de tutelas de interesse que juridicizam-se ao mundo. Acaba assim rompendo com a rígida cisão entre direito público e direito privado, e o direito público acaba absorvendo o direito privado, pois esses interesses privados adquirem uma relevância importância que se manifesta no público, já que a Lei não alcança e muitas vezes o legislador não procura criar normas em alguns aspectos relevantes para a vida, mas não relevantes (ou demasiadamente políticos) para a lei. Por isso importante a politização da existência.

A afirmação neste estudo vai avaliar a atual afirmação de que o objeto do mérito do processo cognitivo, para além da identificação na *causa petendi* com o direito subjetivo (Lei) – pode ser identificado com a *situação jurídica subjetiva* (deixa o direito subjetivo abstrato e aderente à uma reflexividade aberta e reflexiva – hermenêutica) a qual o autor afirma ser titular de interesses (com base em uma hipótese de qualificação jurídica) e para o qual ele pede proteção em decorrência de uma lesão atribuível a parte contrária.

Essas alegações junto à causa petendi, ressalta-se, da mesma forma que foi posto no que toca ao objeto do processo formal, são o momento estático do direito. O momento dinâmico dar-se-á a partir do objeto do debate processual, e é nesse momento dinâmico em que expandem-se os horizontes do objeto do processo. Nessa ótica, o objetivo do processo cognitivo

¹⁶³⁴Va subito rilevato che il riconoscimento al processo civile di una « funzione sociale » — con le necessarie puntualizzazioni già viste — comporterà l'adesione ad un particolare modello processuale, nell'ambito del quale troveremo soluzioni tecnico-processuali strettamente connesse — come vedremo — al perseguimento di tale funzione. Ma, queste soluzioni sempre presupporranno il pieno rispetto del c.d. principio dispositivo sostanziale o in senso proprio, in base al quale, stante la natura privatistica delle situazioni soggettive oggetto del processo civile, rientra nell'esclusiva disponibilità delle parti il potere di agire in giudizio e di determinarne l'oggetto in maniera vincolante per il giudice. (CARRATTA, Antonio. La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Giugno 2017, Anno LXXI, n.º 2, Pp.579-614. P. 583)

¹⁶³⁵A situação jurídica subjetiva aquí cunhada diferencia da situação jurídica processual cunhada por Goldschmidt: La exigencia de superar el dualismo derecho proceso fue sentida ya muy tempranamente por J. GOLDSCHMIDT desde un doble punto de vista: por una parte al entretarse con la relación jurídica procesal, por otra al examinar la pretensión de tutela el derecho. El desarrollo de la crítica de la primera le condujo a su teoría de las situaciones jurídicas procesales: la exposición de su pensamiento sobre la segunda motiva su concepto del derecho judicial material, Ambas premisas sacan a luz un importante intento de abarcar la realidad jurídica unitariamente. empeño que también para este autor viene influido por el dato de que en la práctica apenas sí se aplica el derecho fuera del proceso. En particular, por lo que respecta al tema de la actividad jurisdiccional que nos ocupa, la obra de GOLDSCHMIDT responde al problema del alcance de la sumisión del juez a la norma jurídica en el momento de dictar sentencia, centrando así en la perspectiva de la jurisdicción la solución al binomio derecho-proceso. (MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P.131-132)

consiste em desvelar o fenômeno conflitológico de interesses posto em juízo e que dará ensejo a criação de direito pela normativa individual; norma esta que o juiz deve pronunciar partindo do debate travado no processo e fundamentada a partir da compreensão hermenêutica.

O *objeto do processo substancial* é elevado ao nível interpretativo posto aos horizontes hermenêuticos. São constituídos quando o texto tido normativamente como direito subjetivo (lei) não adere o fenômeno em seu contexto devido as complexidades envolvidas pelo fenômeno conflitual. Com este objeto vinca-se sua formação com uma *situação jurídica subjetiva* que tem caráter amplamente interpretativo e é uma das possibilidades dos pressupostos de Ciência Processual que tem caráter indutivo¹⁶³⁶, e que se constitui junto ao paradigma da complexidade. Supera o objeto do processo substancial o dedutivismo apregoado ao paradigma científico cartesiano-matematizante, pois como se vislumbra, o direito não

¹⁶³⁶ Não pode haver tranquilidade em espíritos que recaem rudimentos científicos e vão lidar com tediosa disciplina. E tudo isso que? Por se pretender que fosse dedutiva uma ciência social, quando indutiva é a Sociologia. Chegou-se a pretender, no delírio lógico e racionalista, que o jurista conta com os conceitos como o Matemático conta com os sinais, com os algarismos. ?Que respeito poderia merecer preocupação que consiste em procurar entender textos mais ou menos arbitrariamente escritos e votados? Nenhum. É daí o duplo caráter da crise: gnosiológico e moral. É preciso extrair da vida do real, o Direito, que até agora tem sido obra de arte metafísica, para que, com a sua nova compleição, possa eficazmente reagir sobre a vida. Como a Matemática de PITÁGORAS, a Química de PARACELSO e a economia nacional, a jurisprudência tem sido confundida e formada com elementos estéticos, morais e políticos, sem nenhuma elaboração objetiva e científica. E para esta só há um processo eficaz: o método indutivo, a despeito do ceptismo de algumas ou dos que o não reputam novo. É a ele que consagraremos o melhor desta obra. A indução tem sido empregada no Direito, como ates das ciências naturais, dela usam como processo biológico do homem: porém, como método científico que deve ser rigorosamente observado e convenientemente exposto, resulta das recentes conquistas do pensamento humano. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 69-70)

consegue determina-se via formas rígidas e estáticas, pois sociedade é movimento, mutação transformação.^{1637,1638}

La interpretazione presenta nella sua struttura, quasi ingenuamente l'intima preoccupazione e l'interesse originario da cui nasce tutto il lavoro della scienza. Nel concetto stesso dell'interpretazione sta implicita la vita come fine essenziale di tutto il suo lavoro: infine interpretare significa accostare la norma alla vita, renderla norma assimilabile alla vita: la vita è nello stesso muoversi iniziale e caratteristico del lavoro interpretativo, affermata come il fine della norma.¹⁶³⁹

O *objeto do processo substancial* adere-se ao objeto processual acostando-se ao direito subjetivo, que é *rectius* de uma *situação jurídica subjetiva/substancial*, e se apresentam contextualmente como metáforas vivas que gramatizam-se junto ao fenômeno processual. Evidencia essa construção da situação jurídica uma ampliação da pretensão em uma pretensão

¹⁶³⁷I studied this multidisciplinary literature for insights into two aspects of dispute and conflict resolution in law that remain present in my work today: dispute resolution involves both process and substance, and these elements of any human problem interact and are constitutive of each other. Thus, to the extent that one considers the *res* of a problem to be an indivisible tangible item or an uncompromisable principle or belief, then competition is likely to be the process chosen. In turn, this choice of process (adversarialism or competition) will affect (and limit) the possible outcomes to binary, compromised, or stalemated or impasse solutions. Different orientations, mindsets, frameworks, approaches, or assumptions (after analysis about the *res*, the number of parties, etc.) about what the matter is about⁵⁸ should cause the skilled negotiator to choose appropriate processes (to be enacted in the artful practice or behavioral aspects of conflict resolution) for the kind of matter at hand. In short, as I have now written many times (and taught thousands of students over the years), conflict resolution involves both cognitive (the "science" or analysis of any conflict or dispute) and behavioral (the "art" and practice of conflict resolution and problem solving) components. We must learn to analyze and understand what conflicts and disputes are about, in their full contextual complexity, before we can choose the appropriate behavioral response. Once we have decided on our goals and desired outcomes, we can seek to achieve them with a broader repertoire of processes and behaviors (whether goals are defined as maximizing individual or joint gain, or seeking Pareto-optimal or "Just" solutions). That broader repertoire of behaviors (communication skills, creative problem solving, questioning, as well as persuading, listening, synthesizing, as well as analyzing) can and must be taught. Legal problem solving is not just about adversarial argument or persuasion about what is "right" for the client; it is about understanding a range of possible goals for clients and those with whom they interact, and seeking both substantive outcomes and appropriate processes to satisfy the needs and interests of clients and those engaged in activity with the client. But mere analysis of the status quo was not all that I had in mind. In one of those wonderful moments of intellectual convergence (more pretentiously described as a "paradigm shift" in the sociology of science), many critics of the legal system were focused not only on the increasing costs and delays of the litigation system (what I have labeled the "quantitative" approach to legal conflict resolution), but on the quality of the solutions or resolutions produced by court orders or settlements negotiated in their "shadow." At about the same time that I sought to reorient lawyers to a "problem-solving" approach to negotiation> Roger Fisher and the newly created Program on Negotiation at Harvard University focused on "principled negotiation" to develop models for negotiators to successfully pursue joint gain and agreements that are wise and efficient and improve-rather than destroy-relationships by looking for different kinds of "solutions" to legal, social, political, and economic problems. I called it "creative problem-solving," but in more technical disciplinary terms this work asked lawyer-negotiators who had cultural default assumptions about scarce resources and competitive behaviors to think instead in terms of integrative solutions and wealth-creating rather than wealth-destroying solutions (the negative-sum games of litigation and sunk transaction costs). (MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving**: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context. Disponível em: < <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/>>. Acessado em:31/01/2018.P. 17-19)

¹⁶³⁸Vide: BIN, Roberto. **Il fatto nel diritto costituzionale** Disponível em: < <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Catanzaro2014.pdf> >Acessado em:30/01/2018. P. 9-12.

¹⁶³⁹CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il Problema della Scienza del Diritto**. Milão: Giuffè, 1937.P. 107-108.

subjetiva apregoada a autonomia da vontade das partes. As partes, via compreensão hermenêutica, aderem ao fenômeno contextos que reinterpreta e ampliam as possibilidades apregoadas ao direito subjetivo como lei.^{1640,1641,1642}

Essas situações jurídicas subjetivas têm uma espécie de trama aberta de normas, a qual as normas seriam enunciados formulados em linguagem natural e dotados, como tais, de uma trama aberta. Essa trama aberta posta à compreensão hermenêutica da norma, tem: *a)* casos particulares que seguramente tem no seu campo de compreensão; *b)* casos particulares que seguramente ficam fora de seu campo de compreensão; e, enfim, *c)* casos particulares em relações às quais a compreensão da norma é dúbia, incerta, discutível e contestada.¹⁶⁴³

Nesse sentido, a *situação jurídica substancial* se revela como metáfora viva e ganha gramaticidade processual justificada em profundas transformações operadas em todos os campos da atividade humana. Particularmente as transformações sociais e políticas, concorreram para manifestar a extensão dessa crise legal, pois levaram os benefícios a ordem jurídica a terrenos que a velha aparelhagem judiciária não estava capacitada para alcançar.

O Processo na atualidade passa a apresentar particularidades com a democratização da democracia: o Processo vem a ser considerado não somente pela sua estrutura, mas também pela sua função processual, a qual amplia-se *substancializando* o fenômeno conflitológico de interesses como uma situação jurídica subjetiva que adere interpretações contextuais ao texto¹⁶⁴⁴ “Ciertamente, *el primero y más importante de esos principios es el que deriva de la*

¹⁶⁴⁰D’ALESSANDRO, Elena. **L’oggetto del Giudizio di Cognizione**. Tra Crisi delle Categorie del Diritto Civile e Evoluzione del Diritto Processuale. Torino: Giapichelli Editore, 2016. P. 19-21.

¹⁶⁴¹As metáforas têm um ciclo vital simples. Nascerem de novos discernimentos a respeito de uma similaridade despercebida, detinham com o uso excessivo e morrem quando se tornam tão familiares que passam a ser tratadas como sentidos estabelecidos das palavras. (MOORE, Michael S. **Interpretando a Interpretação**. In: MARMOR, Andrei. Direito e Interpretação. São Paulo: Matins Fontes, 2004. P. 3)

¹⁶⁴²Ad orientarsi in quest’ordine di idee, l’analisi del profilo funzionale della categoria di atti in questione impone dunque di fare riferimento alla predisposizione, nell’esercizio dell’autonomia privata, di una regola di configurazione del processo, secondo una duplice valenza. In altri termini, nel primo caso, si tratta di negozi aventi ad oggetto la disciplina dispositiva del codice civile che concerne le modalità di attuazione della tutela giurisdizionale dei diritti, consentendo di predisporre una regolamentazione maggiormente congeniale agli interessi delle parti nei limiti della compatibilità con i principi dell’ordinamento. Nel secondo caso, vengono in evidenza accordi che riguardano le modalità organizzative del procedimento, mediante i quali è permesso alle parti trovare un assetto più funzionale ad una rapida definizione della controversia. In questa accezione, occorre dunque far riferimento al negozio diretto a creare la regola del processo, modulando le regole processuali in una prospettiva funzionale all’attuazione della ragionevole durata del processo. (ANGIONI, Enrica. **Negozi Giuridico Processuale e Categoria Generale di Contratto nella Scienza Giuridica Europea**. Cagliari: Università degli Studi di Cagliari, 2014. 265 p. Dottorato di Ricerca – Diritto dei Contratti. P. 89-91)

¹⁶⁴³GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

¹⁶⁴⁴FERRI, Corrado. **Struttura del Processo e Modificazione della Domanda**. Padova: Cedam, 1975. P. 44.

*naturaleza mesme del derecho sustancial del cual, mediante el proceso, se pide la pretención.*¹⁶⁴⁵

É possível sustentar que no Processo Civil *a proteção a tutela jurídica é alegada e formada pela determinação de vontade da parte*; é o ator que propõe a demanda; no momento em que este propõe a demanda deve fazer a escolha do Estado-Juiz a quem adentrará em juízo junto ao direito de agir, o qual será respondido pela parte contrária junto ao direito de reagir.^{1646,1647}

¹⁶⁴⁵CAPELLETTI, Mauro. **El Proceso Civil en el Derecho Comparado: Las Grandes Tendencias Evolutivas**. Peru: Ara Editores, 2006. P. 31-33.

¹⁶⁴⁶In esame l'interazione tra le norme processuali su particolari forme di giurisdizione e di competenza e l'allegazione dei fatti, ma sotto il diverso aspetto dell'affermata restrizione dell'oggetto del processo determinata dal funzionamento di tali norme processuali, con conseguente attribuzione all'allegazione dei fatti di una funzione individuante della pretesa e della domanda. La teoria adesso presa in esame, invece, allarga l'esame a tutte le norme processuali disciplinanti i poteri (rectius: doveri) del giudice e i poteri (e facoltà) delle parti ed attribuisce all'allegazione della causa pretendi la funzione di parametro di controllo della loro corretta applicazione. Quindi non rileva che l'allegazione dei fatti costitutivi possa essere necessaria per l'individuazione della pretesa e della domanda, bensì rileva che l'allegazione dei fatti costitutivi è sempre (e non soltanto a seguito dell'operare di particolari norme processuali sulla competenza o sulla giurisdizione) necessaria per l'individuazione della tutela, consentendo di stabilire quale sia il giudice competente, quali siano le parti legittimate, quale sia il rito da applicare, e così via. La prima tesi, cioè quella sulla restrizione dell'oggetto del processo a seguito dell'operare di particolari norme processuali sulla giurisdizione o competenza, è stata presa, quindi al rapporto tra allegazione dei fatti costitutivi e principio della domanda; la seconda tesi, invece, riguardando il modo in cui deve essere richiesta la tutela giudiziaria, viene adesso presa in considerazione. Si osserva, infatti, che quest'ultima tesi, come possibile sviluppo, può interessare anche il regime dell'allegazione dei fatti costitutivi nel processo. È possibile sostenere che: nel processo civile la tutela giudiziaria è rimessa alla volontà del postulante; è l'attore a proporre la domanda; nel momento in cui propone la domanda, deve effettuare la scelta del giudice a cui rivolgersi e della controparte da convenire in giudizio; se questa scelta dipende dall'allegazione della causa pretendi, è il postulante a dover esporre in fatto le ragioni della domanda; tale allegazione, anche se non necessaria per individuare il diritto controverso, cioè la pretesa, è necessaria per lo svolgimento del giudizio o meglio per la richiesta di tutela; dato che la richiesta di tutela è rimessa alla volontà di parte, anche l'allegazione della causa pretendi, in quanto necessaria per tale richiesta di tutela, è rimessa al potere esclusivo della parte. È pertanto in relazione alla richiesta di tutela che si prende in esame questa teoria. Due sono gli aspetti di questa ricostruzione da sottoporre ad analisi: a) la premessa secondo cui, ai fini del giudizio di ammissibilità della domanda, non è sufficiente la mera affermazione della sussistenza di una determinata situazione sostanziale ovvero di un determinato profilo giuridico di tale situazione sostanziale, ma occorre sempre la concreta specificazione fattuale fin dalle soglie del giudizio; b) la conseguenza di tale premessa e cioè che, essendo la richiesta di tutela rimessa alla volontà della parte, anche l'allegazione dei fatti costitutivi è rimessa al potere monopolistico della parte, senza possibilità di intervento da parte del giudice. (BUONCRISTIANI, Dino. **L'allegazione dei Fatti nel Processo Civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. P. 72-73)

¹⁶⁴⁷Significa que el Proceso Civil, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de derechos (normalmente) privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, también una función pública des Estado. Tratándose de una función pública – al igual que las funciones legislativas y administrativas - hay que considerar que el Estado mismo, y no solamente las partes privadas, está interesado en un ordenado, rápido, organico, imparcial ejercicio de aquella función; en suma, en realizar e imponer el mejor posible entre los modos de llevar a cabo aquella función. La consecuencia práctica más evidente de esta idea es la siguiente; que las partes privadas, aun siendo libres de disponer derechos sustanciales deduciendo en juicio, o sea del objeto del proceso, no son libres, sin embargo (o, por lo menos, no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal. En otras palabras, las mismas no son libres de determinar a su gusto el modo cómo el proceso debe desenvolverse. (CAPELLETTI, Mauro. **El Proceso Civil en el Derecho Comparado**. Las Grandes Tendencias Evolutivas. Perú: Ara Editores, 2006. P. 54)

Os interesses se manifestam pela autonomia da vontade¹⁶⁴⁸ e não são rigidamente apegados ao sistema legal, pois com a tutela tenta-se abarcar as complexidades e a dinamicidade da vida. O centro de politização não é mais a democracia representativa, mas um misto entre democracia participativa e representativa. A situação jurídica subjetiva é uma manifestação volátil desta complexidade, que a Lei não abarca. Por isso dizer que é um ato e não um direito, pois é ligada com a autonomia da vontade e com a decisão judicial ela se tornará direito.¹⁶⁴⁹

¹⁶⁴⁸Innanzitutto tale principio viene riferito al campo del diritto sostanziale come espressione riassuntiva della regola per cui è riservata alla volontà dei privati la disposizione delle loro situazioni giuridiche soggettive, salvo particolari eccezioni. [...] Aspetto diverso dalla disponibilità negoziale è la tutela giuridica del diritto sostanziale. Tale ultimo aspetto è stato fatto rientrare sia nella struttura/contenuto del diritto sia in una più ampia latitudine della disponibilità della situazione sostanziale, per cui il titolare del diritto non soltanto ha la facoltà di disporre negozialmente, ma ha altresì la facoltà di disporre giudizialmente, ricorrendo o rinunciando alla tutela giudiziaria. Tale disponibilità della tutela giudiziaria, rimessa alla volontà della parte, è espressa nel principio «nemo iudex sine actore». La facoltà di disposizione non soltanto è stata spostata dal campo negoziale al campo della tutela giudiziaria, ma è stata poi estesa a comprendere la determinazione dell'oggetto del processo, tramite l'allegazione dei fatti e la scelta dei mezzi probatori, per cui il giudice «iudicare debet secundum allegata et probata partium». Il principio dispositivo costituiva, quindi, il fondamento e la giustificazione della rimessione alla volontà dei privati di tre distinti momenti del processo civile: inizio del processo (ed anche, pur se con molte sfumature, conduzione dello stesso); delimitazione del thema decidendum, quanto ai fatti storici; dimostrazione dell'esistenza dei fatti storici. La signoria delle parti sull'allegazione dei fatti, quindi, dipende dal modo di operare nel processo del principio dispositivo, per cui, quando oggetto del contendere è una situazione giuridica disponibile, spetta alle parti delimitare in fatto la richiesta di tutela e proporre i mezzi istruttori necessari per la dimostrazione del proprio assunto. Lentamente, però, si è iniziato a distinguere quanto attiene alla tutela giudiziaria nel suo momento iniziale da quanto attiene al modo di esplicazione della tutela giudiziaria, specialmente con riferimento all'istruzione probatoria. Si è osservato che «astrattamente si può concepire il giudice come investito di tutti i poteri necessari a scoprire la verità (principio inquisitorio), o come soggetto continuamente all'iniziativa della parte (principio dispositivo): in pratica né l'uno né l'altro di questi principii può trovarsi completamente e conseguentemente attuato, ma essi sono temperati in proporzione diversa, secondo i tempi e i luoghi». Il modo in cui si svolge l'istruzione probatoria e si accerta l'esistenza dei fatti affermati dalle parti non è quindi il riflesso della facoltà di disposizione della situazione sostanziale controversa, bensì è un mero problema di tecnica processuale, che ciascun ordinamento può risolvere a propria discrezione. Al contrario, la formazione del thema probandum, cioè la delimitazione dei fatti da accertare ai fini della decisione, è ancora posta in diretta relazione con il principio dispositivo. Ci sono, però, più varianti nella spiegazione di questa relazione tra principio dispositivo e allegazione dei fatti nel processo civile, progressivamente passando dal diritto sostanziale al diritto processuale. Così, ponendo l'attenzione al diritto sostanziale, si sostiene che alla disponibilità della realtà materiale (situazione giuridica soggettiva) fuori del processo deve corrispondere la disponibilità della dichiarazione fattuale a livello processuale. Si passa poi a spiegare, così spostando l'attenzione al processo, quale interesse processuale possa avere la parte a pretendere la tutela della propria situazione giuridica sostanziale soltanto in base a determinati fatti. In fine, si è osservato che rileva unicamente la generale esigenza di imparzialità e serenità del giudicante, quando si controverte di situazioni giuridiche disponibili, e non tanto la facoltà di disposizione riconosciuta dal diritto sostanziale, **così accentrando l'attenzione sul processo**. In ogni caso si tratta di ricostruzioni valide generalmente, insensibili a determinate scelte di tecnica processuale, all'architettura del processo così come delineata dal legislatore. Lo sviluppo di queste ricostruzioni merita di essere partitamente esaminato. (BUONCRISTIANI, Dino. **L'allegazione dei Fatti nel Processo Civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.P. 12-17)

¹⁶⁴⁹O interesse como uma posição favorável para a satisfação de uma necessidade, e, portanto, como uma relação entre o ente que experimenta a necessidade (homem) e aquele que é capaz de satisfazê-la (bem), foi esta uma intuição que a experiência e a meditação de vinte anos me permitiram confirmar e demonstrar. A chamada concepção subjetiva do interesse (que, de resto, se me não engano, vai a pouco e pouco perdendo terreno), resulta, enquanto ignora a realidade das relações de complementaridade, da identificação da realidade (integral) com a realidade imediatamente sensível. Não é senão isso. Mas é preciso agora dar à intuição o apoio da razão, começando por aclarar a própria noção de necessidade. Existindo entre os entes relações de complementaridade, é uma manifestação da vida de que alguns são dotados tenderem a combinar-se com os entes complementares. A força vital consiste precisamente em os seres vivos possuírem estirou tal combinação. Esta tendência para a combinação de um ente vivo com um ente complementar e uma necessidade. A necessidade satisfaz-se pela

A situação jurídica substancial, pelo posto, é uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos da lei, modificações da ordem jurídica; em outras palavras, que se destina a introduzir uma relação humana na esfera do direito. Reciprocamente, a vontade das partes pode propor manter-se fora do direito (não direito). A autonomia da vontade não é apenas a liberdade de criar o direito: é também a liberdade, amplamente aberta aos homens, permanecer na pura ausência que é o não-direito. Isso é a representação da pretensão subjetiva.¹⁶⁵⁰

Como visto no ponto acima, pretensão é sinônimo de *mérito* – conteúdo este do objeto do processo – que pode ser formal ou substancial (pretensão subjetiva), e serve de base a *lide*, e nesse sentido *lide* é sinónimo de ação, ação perpassa sentido de desenvolvimento, dinamando-se em um direito de ação e reação no tocante ao objeto do debate processual em colaboração reativa.¹⁶⁵¹

combinação o ente capaz de satisfazer a necessidade e um bem; bonum quod beat, porque faz bem: A capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade e a sua utilidade. A relação entre o ente que experimenta a necessidade e o ente que é capaz de satisfazer é o interesse. O interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente. O pão é sempre um bem, e por isso tem sempre utilidade, mas não tem interesse para quem não tem fome, em pensa vir tê-la. Um ente é objeto de interesse na medida em que uma pessoa pense que lhe possa servir; de contrário, é indiferente. Daqui se deduz que pode haver interesse, não apenas em ordem a uma necessidade presente, mas também em ordem a uma necessidade futura. E a existência da necessidade pode resultar não só de uma sensação como de uma dedução. De uma série de sensações de fome, o homem tira uma lei, com base na qual deduz que, se hoje não tem fome, tê-la-á amanhã. A existência do interesse, relativamente as necessidades futuras, determina aquela aquisição de bens, além do limite das necessidades presentes, que se chama poupança. Pode juntar-se ainda que a própria disponibilidade de bens para as necessidades futuras, acaba por se tornar objeto de uma necessidade: nisso reside o fundamento da avareza. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006. P.85)

¹⁶⁵⁰Suivant notre système consensualiste, la volonté est créatrice d'engagements juridiques. Mais pas n'importe quelle volonté. Il n'est que de se rappeler la définition classique de l'acte juridique: une manifestation de volonté qui est destinée à produire des effets de droit, des modifications de l'ordonnement juridique; autrement dit, qui est destinée à introduire une relation humaine dans la sphère du droit. Réciproquement, la volonté des parties peut se proposer de maintenir hors du droit, dans le nondroit, la relation envisagée. L'autonomie de la volonté n'est pas seulement la liberté de créer du droit: elle est aussi la liberté, largement ouverte aux hommes, de demeurer dans la pure absence qu'est le non-droit. La pratique n'a pas toujours une conception assez ferme de ce caractère facultatif du droit contractuel, de cette option fondamentale entre le contrat juridique et l'accord purement amical. Témoin certaines assertions au sujet de ce que l'on a nommé la convention d'hébergement ou d'occupation précaire. Sous réserve de la fraude à la loi, cette convention échappe à la législation contraignante des baux à loyer, et notamment à l'interdiction des sous-locations. On y met, toutefois, la condition que l'hospitalité donnée soit non seulement gratuite, mais temporaire. Si elle était durable, quoique gratuite, le cas retomberait dans la sous-location prohibée. Mais une telle condition n'est admissible que s'il existe un acte juridique véritable entre le locataire et son hôte. Or, bien souvent, celui qui accueille ainsi à son foyer des parents ou des amis n'entend pas contracter envers eux d'engagement juridique, faire naître contre lui-même le principe d'une action en justice; sa volonté est de se cantonner rigoureusement dans le non-droit. Il n'y a donc pas, dans ces arrangements domestiques, un contrat juridique de sous-location qui puisse, en tant que tel, être saisi par le droit. (CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit** : Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur. 10^e ed. Paris: EJA, 2001.P. 37-38)

¹⁶⁵¹Si la idea de proceso se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencias. Empero – y esto es obvio – la idea de fuerza no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los cuales el Derecho, su sustituto racional, llegará tarde para evitar la consumación del mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica. Tal circunstancia hace posible que, em algunos casos, la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima te acepta liminarmente los extremos de la

A abordagem do fenômeno conflitológico de interesses pelo Processo tem uma função desveladora com o jogo dialético-dialogal frente a compreensão hermenêutica¹⁶⁵², a qual visa a descobrir nem tanto se e de que modo uma decisão é normativamente justificada – *ius dicere*, mas antes à qual interesses ou classes de interesses haja, de fato, oferecido *tutela jurídica protegida*¹⁶⁵³, prospectando assim o *ius facere*, servindo de base para a gênese do direito o fenômeno conflitual.

A sociedade desprende-se da Lei pelo sem número de possibilidades postos aos fenômenos, nasce disso um sem número de fenômenos conflituais de interesses, não adere e não catalisa os fenômenos e a complexidade existencial o Estado-Legiferante; porém, na medida em que o direito precisa absorver tais fenômenos para uma adaptação existencial dos seres, o que é (pode) ser realizado pelo Estado-Juiz, que absorve manifestações fenomênicas para criar Direito Objetivo, o Processo adere as necessidades e interesses existenciais para uma adaptação existencial, demonstrada junto à formação do objeto do processo com os fenômenos representados como metáforas vivas que formam uma gramática ao caso concreto – fenômeno representado ao Judiciário.

pretensión del actos y, por onde, no presenta debate. De ahí que puede existir litigio con y sin controversia, según cuál sea la actitud que el respecto adopte el demandado. (VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Sistema Procesal. Garantía de la Libertad.** Tomo I. Buenos Aires: Rubizal – Culzoni Editores, 2009 P. 35-36)

¹⁶⁵²Se basa no en la autoconciencia sino en el ser, en la lingüisticidad del ser humano en el mundo, y, por tanto, en el carácter ontológico del acontecimiento lingüístico. Ésta no es una dialéctica que consista en refinar tesis opuestas, es una dialéctica entre el propio horizonte de uno y el de la «tradición», aquél que llega hasta nosotros, se encuentra con nosotros y crea ese momento de negatividad que es la vida de la dialéctica y la vida del cuestionamiento. Así, aunque la hermenéutica dialéctica de Gadamer presenta afinidad con Hegel, no avanza a partir del subjetivismo implícito en Hegel e incluso en toda la metafísica moderna previa a Heidegger. Aunque presenta similitud con la dialéctica de Platón, no presupone la doctrina de las ideas de Platón ni su concepción de la verdad y el lenguaje, sino que más bien sugiere una dialéctica basada en la estructura del ser esclarecida por el Heidegger tardío, y en la preestructura de la comprensión tal y como se presenta en *Ser y Tiempo*. El objetivo de la dialéctica es eminentemente fenomenológico que el ser o la cosa con la que nos encontramos se nos revele. El método implica un determinado tipo de cuestionamiento que expone un aspecto de una cosa. Una hermenéutica dialéctica se expone a ser interrogada por el ser de la cosa, de tal forma que la cosa encontrada pueda revelarse en su ser. Esto es posible, afirma Gadamer, debido a la lingüisticidad de la comprensión humana y en última instancia del ser mismo. Esta dirección del pensamiento sobre el problema hermenéutico está en gran medida implícita en Heidegger. Lo nuevo es el énfasis especulativo y dialéctico (se podría decir que hegeliano) y la completa exposición de las implicaciones de la ontología heideggeriana para la estética y la interpretación del texto. Se le pide al lector que recuerde en lo que sigue que las concepciones heideggerianas básicas del pensamiento, el lenguaje, la historia y la experiencia humana se transfieren a Gadamer. Esto es esencial, ya que el argumento que aparece en *Wahrheit und Methode* se basa firmemente en éstas, y la inconsciente caída en las concepciones presupuestas en la mayor parte del pensamiento contemporáneo inglés y americano sobre la interpretación, añadirá nuevas dificultades a la comprensión. Es más, las concepciones de Gadamer están interrelacionadas, de tal forma que nosotros sólo podemos entrar poco a poco en el círculo de sus consideraciones. Y por último el argumento de Gadamer se basa firmemente en sus análisis críticos detallados del pensamiento anterior sobre el lenguaje, la conciencia histórica y la experiencia estética. Por tanto, los obstáculos para entender el pensamiento de Gadamer son enormes. Sin embargo, haremos un esfuerzo por sugerir algunas de las líneas principales de cómo Gadamer desarrolla la teoría de la comprensión de Heidegger en una crítica formal de la estética moderna y de las concepciones históricas de la interpretación. (PALMER, Richard E. **¿Qué es la Hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002. P. 236-237)

¹⁶⁵³GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às Normas.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

O fenômeno conflitológico de interesses, assim, rompe com o conceito tradicional existente entre *lide* (objeto do debate processual) e *mérito* (objeto do processo formal e substancial).

O direito subjetivo pela proteção das tutelas jurisdicionais em uma sociedade constituída de *cidadãos ativos*¹⁶⁵⁴ ampliando as possibilidades de interpretação judicial ao seio do accertamento da *autonomia privada*, acaba tendo um accertamento proficuo e delimitado as *situações jurídicas subjetivas/substanciais* junto ao efeito epistêmico da normatização Constitucional e em uma série de disposições legais, ora como regras e ora como princípios, ambos aderidos a interpretação Constitucional. Importante esses argumentos para a composição junto à formulação da base normativa acostada ao *objeto do Processo Substancial*.

Serão abaixo apresentadas uma serie de argumentos possibilitadores de tal objeto, sendo eles:

a) l'art. 24, 1° comma, Cost. («tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ...»); **b)** il libro VI, titolo IV del codice civile rubricato «della tutela giurisdizionale dei diritti»; **c)** l'art. 2907 cod. civ. («alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giurisdizionale su domanda di parte»); **d)** l'art. 2697 cod. civ. («chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento»); **e)** l'art. 2652 cod. civ. («si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati all'art. 2643, le domande giudiziali indicate dai numeri seguenti ...») nonché l'art. 2653, n. 1, cod. civ. («Devono parimenti essere trascritti: **1)** le domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili e le domande dirette all'accertamento dei diritti stessi»); **f)** gli artt. 15 cod. proc. civ. («cause relative all'usufrutto, all'uso, all'abitazione, alla nuda proprietà e al diritto dell'enfiteuta»), 20 cod. proc. civ. («cause relative a diritti di obbligazione») e 21 cod. proc. civ. (rubricato «foro per le cause relative a diritti reali e ad azioni possessorie»); **g)** l'art. 75 cod. proc. civ. («Sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere»); **h)** l'art. 81 cod. proc. civ. («nessuno può fare valere nel processo in nome proprio un diritto altrui»); **i)** l'art. 84, 2° comma, cod. proc. civ., il quale, nell'indicare i poteri del difensore precisa che costui «non può compiere atti che importino disposizione del diritto in contesa, se non ha ricevuto espressamente il potere»; **l)** l'art. 99 cod. proc. civ. («chi vuole fare valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente»), il quale riproduce, inalterato, il testo dell'art. 35 cod. proc. civ. 1865; **m)** l'art. 105, 1° comma, cod. proc. civ. («Ciascuno può intervenire in un proceso tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo»); **n)** l'art. 111 cod. proc. civ. che disciplina la successione «nel diritto controverso»; **o)** l'art. 113 cod. proc. civ. («Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta»); **p)** l'art. 4, 2° comma, della legge n. 218 del 1995 («La giurisdizione

¹⁶⁵⁴El Derecho contribuye a quel el ciudadano activo se conciba a si mismo como tal. El derecho cumple esta función manejando un concepto de la persona que en tal circunstancia se expresa a través de valores como la dignidad de la persona, la igualdad jurídica de todos los miembros de la comunidad y la protección ante la acción arbitraria. (CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 72)

italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se [...] la causa verte su diritti disponibili».¹⁶⁵⁵

O mérito do processo sofre ampla ressignificação, pois é na atualidade aderido a epistemologia constitucional, que amplia a aquisição de direitos na demanda pela via interpretativa. Supera o objeto nascido de uma lógica calcada no paradigma científico cartesiano-matemático e constituído em um formalismo positivista que delimita o suporte fático incidindo na norma. Essa lógica de pré-existência da norma ao fato se vê como saturação do direito como lei, pois de um lado formaliza os fatos e de outro evidencia a estática legal. Várias foram as teorias do direito e do Processo que tentaram desformalizar o formalismo positivista. O fenômeno conflitológico de interesses nasce de uma sociedade que apresenta um sem número de possibilidades que não se encontram determinados legalmente, deve-se assim a necessidade de superação desse formalismo positivista.

O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosas na sua composição e, sobretudo, demorados, abrem, entretanto, o gozo dos instrumentos de governo a uma imensa massa humana, que antes não participava deles senão indireta e escassamente, e assim impõe um novo regime à *administração da justiça*. As fissuras e as interações entre legislação e jurisprudência fazem com que os fenômenos juridicizem-se, essa contextualização de novas gramáticas intersubjetivas entre os cidadãos ativos adquirem aquisições de sentido ao Estado pelas interações transfronteiriças.^{1656,1657}

¹⁶⁵⁵D'ALESSANDRO, Elena. *L'oggetto del Giudizio di Cognizione*. Tra Crisi delle Categorie del Diritto Civile e Evoluzione del Diritto Processuale. Torino: Giapichelli Editore, 2016. P. 19-21.

¹⁶⁵⁶Más allá de la discusión siempre abierta sobre las relaciones entre legislación y jurisdicción, es indudable que los tribunales se presentan como actores especialmente significativos para la construcción de un nuevo orden jurídico, en un contexto caracterizado en muchos aspectos por el obligado abandono de la soberanía nacional y por la consiguiente ocupación del espacio global por parte de nuevos soberanos, encarnados en el sistema transnacional de las empresas. Los tribunales nacionales dialogan entre sí, la naturaleza de muchos conflictos obliga a los jueces a superar las fronteras nacionales, las personas buscan en el gran océano de las normas, localizables en los diversos niveles del orden jurídico, aquellas más adaptadas para ofrecer significativas, aunque parciales, formas de resistencia al irresistible orden jurídico global de los privados. En la dimensión global, la voz del derecho consigue no ser apagada del todo gracias a la presencia de los tribunales y a su activismo. (RODOTÀ, Stefano. *El Derecho a Tener Derechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P.98)

¹⁶⁵⁷Questa concezione dinamica della giustizia come processo trova origine in Occidente soprattutto nella filosofia greca. Meditando sull'etimologia del termine Dikaiosýne (giustizia) derivata da toú dikáiou sýnesis (comprensione del giusto), Platone osserva l'espressione dell'antica lingua greca díkauon (ciò ch'è giusto) allude letteralmente ad un movimento che si esplica nell'andare attraverso tutto l'essere. Nella particolarità di una situazione controversa, l'essere si mostra sempre nella diversità di elementi che tra loro si oppongono e che caratterizzano la molteplicità della realtà. Si tratta un modello di azione che riproduce nel divenire dell'esperienza umana un fenomeno simile al metabolismo dell'organismo vitale, che non è organizzazione meccanica di un ordine astratto de districare e descrivere con la misura e la quantità, ma è continuo mutamento della soggettività esistenziale, che è soprattutto finalità interiore, ossia risolutezza ed impulso alla vita continuamente presenta nella

A interpretação hermenêutica das normas é capaz de alcançar o caso-problema, sendo ela flexível e adaptável, abrindo o caminho para novas áreas projetadas como possibilidade ao brocardo *iura novit curia* servir como criação do direito pelo processo.^{1658,1659,1660}

O âmbito complexo da tutela constitutiva concerne a tema muito generalizante no tocante ao objeto do processo substancial, forma de tutela abrangente por considerar o direito maior do que a Lei. Concentra-se forças no tocante a compreender a natureza de atuação desta categoria de Estado-Juiz, o mecanismo que garante seu desenvolvimento, o tipo de direito subjetivo reconhecido como situação jurídica substancial posto a base deste e, conseqüentemente, no âmbito do objeto do debate processual pela interrelação entre o princípio dispositivo e o contraditório acabam sendo objeto de compreensão afigurada pelo jogo-dialético dialogal garantido pela colaboração reativa.

sua stessa imminenza attiva. Per Aristotele, la vita non è un movimento produttivo che si dirige verso uno scopo esterno al proprio costituirsi e che ha un termine di arresto (poiesis) essendo destinata a perire, ma è un processo che ha il suo fine nel suo stesso proporsi e che, dunque, si realizza in ogni istante del movimento attivo (praxis) custodendosi nella durata. In effetto, nella sua radicalità, la filosofia classica insegna che la sensazione primigenia ed immediata che il soggetto percepisce inconfutabilmente nello spazio e nel tempo è la differenza che caratterizza la molteplicità del mondo umano, il quale appare come teatro di divergenze soggettive e oggettive in continuo movimento. (MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Princípi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.20-21)

¹⁶⁵⁸ROSSI, Stefano. **Quando il giudice si fa nomoteta**: Influssi e riflessi sulla normazione. Disponível em <<https://aisberg.unibg.it/handle/10446/30760?mode=full>> Acessado em 31/08/2018. P. 2.

¹⁶⁵⁹Ciò non toglie, però, che il testo da cui muoviamo – e del quale intendiamo restituire il senso – esprima qualcosa già di per sé, isolatamente considerato. Se così non fosse, non sapremmo neanche in quale rete di connessioni intertestuali collocarlo. Per definire questo primo atto di conoscenza ci soccorre – come è noto – il concetto ermeneutico di precomprensione e di circolo ermeneutico. La comprensione, però, non conduce a un risultato univoco, ma a una varietà di esiti diversi, in relazione alla ricchezza e complessità delle correlazioni intertestuali richiamate. Il circolo ermeneutico, sotto questo profilo, non fornisce criteri di scelta. Descrive il modo in cui i diversi esiti della comprensione si producono, ma non ci vincola a nessuno di essi in particolare. Questa scelta dovrà essere operata secondo i criteri forniti da una teoria interpretativa. Per ritornare al discorso costituzionale, il circolo ermeneutico esaurisce la sua funzione (e determina una comprensione), nel momento in cui svela che la costituzione scritta ci parla di democrazia, di taluni diritti fondamentali, ecc.; ma quale sia il modo preciso in cui esattamente questi concetti debbano intendersi e si combinino tra loro, determinando assetti diversi di norme quanto sono le combinazioni possibili, questo il circolo ermeneutico non può dircelo; e vano sarebbe cercare proprio lì una risposta. Detto in altre parole: il ruolo del contesto (cioè del gioco linguistico condiviso, della forma di vita in cui siamo immersi, dell'orizzonte culturale che ci raccoglie, ecc.) si esaurisce nella delimitazione dell'area di ciò che è semanticamente certo. Il suo contributo riguarda solo l'individuazione dei significati incontrovertibili, l'indicazione di ciò che è evidente a tutti i partecipanti (cioè: che la costituzione ci parla di democrazia, di taluni diritti fondamentali, ecc.). Ma al di là di questo la sua presa si allenta. Nei penumbral cases – per dirlo con Hart – la forza luminosa dell'orizzonte comune scema e bisogna ricorrere alle risorse dell'argomentazione e dell'elaborazione teorica. Ecco perché le teorie interpretative che ripongono nell'oggettività dei valori condivisi il criterio di risoluzione degli hard cases inevitabilmente falliscono l'obiettivo: esse possono spiegare solo la decisione dei casi normali (che sono poi i casi nei quali il contesto accredita un significato incontrovertibile del testo). Non a caso, le stesse text-based theories, che più di altre dovrebbero postulare l'autosufficienza del testo, sovrappongono alla written constitution l'indicazione di uno o più criteri per filtrarne i significati ammissibili: neanche il più intransigente textualismo pretende di sostenere che null'altro abbiamo bisogno se non del testo (e del circolo ermeneutico della sua comprensione). (CHESSA, Omar. Cos'è la Costituzione? La vita del testo. **Quaderni Costituzionali**, febbraio 2008, Pp.41-64. P. 57-58)

¹⁶⁶⁰Vide análise de Rendina quanto a possibilidade no tocante ao brocardo do *iura novit curia*: RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 151-154.

A partir das teorias mais recentes, em geral, não se vem a questionar a natureza intrinsecamente jurisdicional dos processos que conduzem a constituição, modificação ou extinção da dimensão jurídica por meio de intervenção do Estado-Juiz. A característica evidencia um amontoado de julgados, em extrema síntese, deve ser encontrada na situação potestativa, que surge na cabeça (autonomia da vontade - vide: Carbonnier) de um sujeito ao verificar uma específica situação de fato, de determinar uma modificação (também) na esfera jurídica de outro sujeito, sem a concordância de sua vontade, desde que, no entanto, o titular de tal situação potestativa venha a ser preterida junto a autoridade judiciária, a qual pode dispor da modificação por sua decisão fundamentada.

A partir do esquema descrito, emerge como as articulações fundamentais nas quais o reconhecimento da proteção de tutelas que deve articular-se e ser encontradas em: (uma *fattispecie* abstrata atributiva de) uma situação jurídica (*in senso lato*) “potestativa”; que, para produzir efeitos de modificação reclamam a proposição de uma demanda jurisdicional; em consequência da qual verifica-se os elementos do fato que determinou o nascimento da situação potestativa.

O Estado-Juiz é obrigado a pronunciar a decisão tendo como consequência (de alguma forma) a modificação jurídica. A absoluta falta de tecnicidade na descrição oferta, e é a tentativa de individuar a passagens inevitáveis em que se dá a estrutura (necessária) da tutela constitutiva, sem prender-se a posição sobre inúmeros problemas enfrentados (e as inúmeras reconstruções efetuadas) das especulações doutrinárias que se são cimentadas em torno do objeto processual.¹⁶⁶¹

¹⁶⁶¹L'ambito complesso della tutela costitutiva, rispetto agli altri, un'ancor maggiore incertezza ci sentiremmo di dire, in via preliminare – per quanto concerne il tema più generale dell'oggetto del processo che attua detta forma di tutela. Al punto che la sempre vivace discussione, sebbene non possa prescindere dal problema che qui direttamente ci interessa, non si è con esso mai confrontata direttamente, dovendo prima, e principalmente, incentrare le forze più fresche sulla ben più ardua fatica di comprendere la natura di questa categoria di giudizi, il meccanismo che ne garantisce lo svolgimento, il tipo di situazione sostanziale posto alla base di essi e, di conseguenza, l'ambito oggettivo del giudicato scaturente. A partire dalle teorizzazioni più risalenti, in linea generale, non si è mai messa in discussione la natura intrinsecamente giurisdizionale dei processi che conducono alla costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici, attraverso l'intervento del giudice. La caratteristica di tale congerie di giudizi, in estrema sintesi, deve essere rinvenuta nella situazione “potestativa”, che sorge in capo a un soggetto al verificarsi di una specifica situazione di fatto, di determinare una modificazione (anche) nella sfera giuridica di altri soggetti, senza il concorso della loro volontà, a condizione, però, che il titolare della detta situazione “potestativa” ricorra all'autorità giudiziaria, la quale può disporre la modificazione con la sua sentenza. In questo schema di produzione dell'effetto nella sfera giuridica altrui si trova l'essenza della tutela costitutiva, la quale, secondo quanto si deduce dalla prescrizione di tassatività dettata dall'art. 2908 c.c., è un paradigma speciale che viene stabilito per la tutela di specifici rapporti giuridici, con scelta rimessa alla discrezionalità del solo legislatore, tendenzialmente, si crede, guidata dall'intento di perseguire finalità, in senso lato, di certezza delle relazioni inter privatos. Dallo schema appena descritto emerge come gli snodi fondamentali in cui il riconoscimento della tutela deve articolarsi sono rinvenibili in: (una *fattispecie* astratta attributiva di) una situazione (*in senso lato*) “potestativa”; che, per produrre gli effetti di modificazione cui mira, richiede la proposizione di una domanda giudiziale; in conseguenza della quale, previa verifica degli elementi di fatto che

Essas possibilidades acabam por dimensionar-se na formação do *objeto processual substancial*, importante para que novas pretensões, não tratadas em lei, sejam debatidas e tornem-se direito, tendo como gênese o processo.

4.3 - Do Objeto do Debate Processual¹⁶⁶² - *lide ou debate dialético-dialogal*¹⁶⁶³

O Processo não é um monólogo: É um diálogo, uma conversação, uma troca de proposições, de respostas, de perguntas, de réplicas; um cruzamento de ações e de reações, de estímulos, de ataques e de contra-ataques.¹⁶⁶⁴

Entre o objeto do processo e o objeto do debate processual subsisteste, de fato, uma correlação estreitíssima¹⁶⁶⁵, pois o objeto do debate processual é onde ocorre a *práxis* processual, local onde os fenômenos são desvelados.¹⁶⁶⁶

No tocante aos objetos, o objeto do processo (mérito) tem um perfil *estático*, identificado pela *formação* do Processo: a parte formula e remete ao Estado-Juiz suas projeções

determinano la nascita della situazione “potestativa”, il giudice è tenuto a pronunciare la sentenza cui consegue (in qualche forma) la modificazione giuridica. L'assoluta mancanza di tecnicità nella descrizione offerta, è il tentativo di individuare i passaggi ineliminabili in cui si manifesta la struttura (necessaria) della tutela costitutiva, senza prendere posizione sugli innumerevoli problemi affrontati (e le altrettanto innumerevoli ricostruzioni effettuate) dalla speculazione dottrinale che si è cimentata nella ricerca dell'oggetto di tale categoria di processi. Si è infatti cercato di comprendere quale fosse e se vi fosse una situazione soggettiva – all'origine del processo costitutivo, quale fosse il suo contenuto, se costituisse l'oggetto dell'accertamento contenuto nella sentenza conclusiva, ovvero se tale accertamento dovesse appuntarsi su qualcosa di differente; infine, se la modificazione giuridica discendesse dalla pronuncia della sentenza, ovvero essa fosse originata da altro atto. (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 114-117)

¹⁶⁶² Por outra sorte, o objeto do debate com todas as suas conseqüências práticas deve ser vislumbrado no projeto do novo CPC nos: inc. II do art.145; art.367; inc.I do §2º do art.444; inc.II do art.486; §2º do art.1010; inc. I e III do art.1040 (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.43)

¹⁶⁶³... ovvero che la nuova cultura giudiziaria sia connotata da uno spostamento dai valori dell'obbedienza a quelli della collaborazione. (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727. P. 704)

¹⁶⁶⁴CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democrazia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 84.

¹⁶⁶⁵Fra oggetto dei processo e oggetto dei giudicato sussiste infatti um correlazione strettissima: così che appare opportuno soffermarsi sin cL questa parte iniziale dei corso sull'oggetto e sul risultato dei processo. (PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto processuale Civile**. Seconda Edizione, Napoli: Jovene Editore, 1996. P. 66)

¹⁶⁶⁶De algún modo evidente, la filosofía del derecho se encuentra relacionada con la práctica jurídica. Puesto que el derecho es una práctica social, la filosofía jurídica no tiene otra opción que atender al modo en que éste es practicado. En otras palabras, la práctica jurídica es el objeto de la filosofía del derecho. Por esa razón, muchos, si no es que todos, los filósofos jurídicos han asumido que el derecho debe ser estudiado desde la perspectiva “interna”, es decir, desde el punto de vista del participante jurídico. Se supone que el filósofo deba escuchar las exposiciones que los participantes usan para defender y justificar sus acciones, así como para determinar la naturaleza de la práctica. Como a veces se dice, el estudio filosófico del derecho es una indagación “hermenéutica”.(SCOTT J. SHAPIRO. Problema. **Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, núm. 11, enero-diciembre de 2017. P. 676-677)

de direito. Conforme visto acima, o objeto do processo poderá ser tanto forma como substancial, sendo que ambos formar-se-ão como direito a partir da decisão judicial (*ius facere* pelo *iura novit curia*).

Especialmente quanto ao *objeto do debate processual/objeto litigioso*, este desenvolvido pela *lide*^{1667,1668} faz com que partes manifestam em suas alegações tidas como

¹⁶⁶⁷Los abogados litigantes, por ejemplo, solemos describir a la litis judicial como la confrontación de dos relatos del conflicto opuestos (el del demandante y el demandado), los que quedan “trabados” o confrontados ante los ojos del juzgador. Esta presentación de la litis presupone que el juez, para poder decidir, tenga que negar o adjudicar relevancia a los elementos de juicio propuestos por uno u otro relato. [...] En otras palabras, en la litis judicial el juez perfila su propio relato del conflicto, explicado por causalidades o por la inexistencia de causalidades que darán base al silogismo de su decisión. Para el jurista, la única litis o reconstrucción del conflicto relevante es la que da el juez en sus sentencias, es decir, el producto interpretativo y evaluativo del juzgador. Se desestiman, así, aquellas construcciones propuestas por las partes, o las percibidas por los terceros observadores o involucrados en el conflicto. Profundizaré, en lo que sigue, sobre estas aserciones. [...] Obsérvese que la definición del conflicto judicial o litis cumple una función tan central en la determinación de los límites de la competencia judicial, como la que cumplen las reglas que se aplican para decidir ese conflicto. Aun así, el foco de análisis jurídico tradicional está obsesionado con estas últimas (las reglas), las que tienden a asumir a la litis como una cuestión dada. Aquí, en cambio, la pretensión es resaltar que sólo pueden entenderse los casos estructurales si se advierte que la construcción de la litis no es un hecho dado, sino el producto de una actividad compleja de los jueces. Esa actividad da relevancia jurídica a ciertos elementos, los que aparecen estructuralmente imbricados en los polos de la relación jurídica. Con ello se consigue, como efecto inmediato, extender sus competencias sobre áreas de la realidad que hasta este momento se encontraban fuera de su alcance. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 89-91)

¹⁶⁶⁸Para que compreendamos bem o que seja lide, é preciso uma visão de como se realiza o direito na vida. Sabemos que cada um de nos esta mergulhado num feixe permanente de relações jurídicas, seja como sujeito ativo, seja como sujeito passivo, isto é, como titular direitos ou de deveres. De qualquer modo, cada um de nós cumpre com seus deveres e recebe aquilo que lhe é devido em justiça. Esta realização se faz de uma forma espontânea, já que as partes em regra, têm uma ideia nítida de seus direitos e de suas obrigações. Há portanto uma realização espontânea e permanente do direito. Vejamos, por exemplo, o que ocorre conosco cotidianamente: alimentamos-nos consumindo gêneros adquiridos num estabelecimento comercial; utilizamos transporte coletivo, pagando passagem, frequentamos uma escola onde temos direitos e obrigações, vivemos num sistema institucional que é nossa família. Viemos constantemente dentro do mundo do direito e cumprimos as nossas obrigações e recebemos aquilo que nos é devido. Até aqui as coisas se passam no terreno do direito material, que regula as relações fundamentais entre os indivíduos ou entre estes e o Estado. Não praticamos atos ilícitos; vivemos normalmente sem conflitos; não incidimos na tipologia penal. Acontece, porém, que seres humanos que somos, estamos mergulhados nas nossas paixões, nos nossos egoísmos. Essa contingência, esta marca da natureza humana, ou, muitas vezes, a ignorância da norma, faz com que surjam, neste entrelaçamento de relações jurídicas, choques de interesses de maior ou menor importância, conflitos mais ou menos graves, que podem abalar a convência social, a ordem, a paz, são objetivos fundamentais do direito. Este conflito de interesses pode surgir numa relação interindividual como, por exemplo, num contrato de compra e venda; depois de celebrado, por exemplo, num contrato de compra e venda; depois de celebrado, poderá surgir dúvida quanto ao objeto, quanto ao preço etc. Pode o conflito nascer não de um ato, mas de um fato jurídico: alguém se apresenta como filho de uma pessoa falecida e passa a reclamar seu quinhão na sucessão. Não havendo a aceitação dos outros herdeiros, surge um conflito de interesses decorrente do fato jurídico da filiação. Pode também o conflito ter origem no ilícito civil: o não cumprimento de um contrato de mútuo, por exemplo. Ainda o choque de interesses pode permanecer no direito privado, embora os valores em conflito sejam de ordem moral (litígios entre conjugues). É possível que os valores litigiosos se tornem ainda mais importantes, e sejam feridos pelo ilícito penal, onde encontramos o ato humano a destruir certos bens fundamentais, até em sua forma mais grave, que é a destruição da vida humana. Pode ainda o conflito assumir formas mais catastróficas, iniciando em esferas maiores, regidas pelo direito público, às vezes internacional. O direito processual, entretanto, abrange a regulação dos conflitos que possam ser solucionados pelo Poder Judiciário Nacional. Essa noção de conflito de interesses é fundamental para o direito processual e se denomina, como vimos, lide. Então, lide é o conflito de interesses regulado pelo Direito. [...] A noção de lide não se confunde com a noção de controvérsia, pois pode haver litígio sem controvérsias, quanto à norma concreta de conduta. Para melhor esclarecer, um exemplo: tomamos por empréstimo uma determinada quantia e assinamos

narrativas, representadas via metáforas vivas, que se fazem presentes junto à *causa petendi* e gramatizam o Processo. Essas representações textualizam e dão possibilidades de horizontes a adaptação existencial, descosturadas em um jogo dialético-dialogal hermenêutico. Essa estrutura se conecta a formação do objeto do processo com a possibilidade de compreensão para a manifestação de sua verdade. Deve o julgador articular os fenômenos em sua *facticidade* no que tange ao texto e ao contexto, denotando assim sua responsabilidade sócio-política¹⁶⁶⁹

O objeto do debate processual tem perfil *dinâmico*, identificado no momento do *desenvolvimento* do Processo: a governança processual das partes em colaboração reativa acaba projetando um jogo dialético-dialogal de perguntas e respostas,¹⁶⁷⁰ essa dialética-dialogal põe-

em favor do credor impositiva. No vencimento do título cambiário, o tomador vai à nossa casa para receber a importância que nos emprestar. Nada temos a opor ao mérito da relação jurídica, mas pode acontecer que estejamos “duros” e não possamos resgatar a nota. É evidente que existe conflito (lide), mas não há controvérsia. É possível ocorrer, entretanto, que uma ou ambas as partes formulem dúvidas a respeito da relação jurídica. O devedor poderá alegar que também é credor por outro título e que deseja compensar a dívida; poderá aduzir que o direito de crédito do autor está prescrito, etc. Haverá, pois, lide com controvérsia. As partes interpretam diversamente aquilo que julgam ser certo. Tanto a lide conquanto à lide sem controvérsia são conflitos de interesse. (LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. P. 167-171)

¹⁶⁶⁹Mesmo partindo de uma perspectiva crítica a Gadamer, Stanley Rosen observa na afirmação citada acima algo que o próprio Gadamer reconhece ao considerar a hermenêutica filosófica “scientia practica sive politica”: o traço político, devido, fundamentalmente, pela prática inerente à reflexão hermenêutica. O tratamento, por parte de Gadamer, em vários escritos posteriores à Verdade e Método, das conseqüências políticas de seu pensamento, defendendo os valores da racionalidade dialógica e prática e, ao mesmo tempo, denunciando as formas de opressão que tendem a distorcer esses mesmos valores em nossa época, que se encontra dominada pela ciência e tecnologia, fundada na razão instrumental. Como diz Gadamer, é próprio da reflexão hermenêutica “preservar-nos da rendição ingênua aos especialistas da tecnologia social. Tal perspectiva de reflexão política está vinculada à articulação, realizada por Gadamer, entre práxis e razão social. Neste sentido, a relação entre razão e práxis encontra-se fundada na noção de solidariedade, ideal normativo defendido por Gadamer. Assim, em termos gadamerianos, solidariedade significa uma articulação entre a razão situada ‘aqui e agora’ com os interesses universais comunitários, que, de modo geral, são visualizados no universal da lei e da justiça. Esta ligação essencial entre a razão social e a esfera da práxis é expressão de um engajamento do pensamento num ideal ético-político genuíno, que encontra sua base no engajamento-participação comunitária no mundo, enraizado na facticidade da vida prática. Neste sentido, a recuperação da razão social depende de um posicionamento, que, para Gadamer é possível pelo despertar de uma consciência social. A consciência comum encontra-se, na argumentação de Gadamer, como a reivindicação básica no processar da vida social. Esta recuperação do espaço comunitário não é proposta por Gadamer a partir da exaltação dos valores de um ethos particular ou de uma comunidade específica, mas a partir da necessidade de uma ética filosófica, universal e genuína.[...] Portanto, o argumento de Gadamer, acerca da relação entre a práxis e razão social, é uma convocação ao engajamento solidário, que, ao mesmo tempo, é um ‘pôr-se a caminho’ da preservação do âmbito prático atualmente deformado. Deste modo, na práxis encontra-se pressuposto a responsabilidade que conduz o comportamento e atuação solidária, os quais tornam a tarefa filosófica inerente à hermenêutica universal. A garantia do caráter universal do apelo de Gadamer à solidariedade é ilustrado com as palavras de Heráclito: “O logos é comum a todos, porém os homens se comportam como se cada um tivesse sua razão particular. Isto tem que continuar? (BATISTA, Gustavo Silvano. **Hermenêutica e Práxis em Gadamer**. Rio de Janeiro: Puc,-Rio, 2007. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia Puc-Rio. 96 p. P. 79)

¹⁶⁷⁰La «fitología dialéctica es un caso particular del dinamismo. Fue primero esbozada por Heraclito, articulada luego por Hegel y, finalmente, elaborada por Marx, Engels, Lenin y sus seguidores. El principio fundamental de la dialéctica es que todo es «contradictorio», tanto internamente como en sus relaciones con otras cosas. En ocias palabras, cada cosa es una unidad de opuestos y mantiene relaciones conflictivas con las otras cosas. Mas aun, la «contradicción» es la fuente de todo cambio. La dialéctica resulta atractiva por dos motivos. Primero, porque el conflicto es un característico de la vida. Segundo, porque el concepto de contradicción es tan confuso que casi todo parece ser un ejemplo de ello. Positivo y negativo, atractivo y repulsivo, arriba y abajo, izquierda y derecha, liviano y pesado, opresor y oprimido - y podríamos seguir- pueden pasar como pares de opuestos dialecticos. Pero,

debido precisamente a esta falta de claridad, la dialéctica es más un juego de palabras que una ontología rigurosa. Con suficiente ingenuidad, podría pensarse que la dialéctica puede ser exactificada. Los pocos intentos realizados han terminado en lamentables fracasos. Mas aun, suponiendo que la empresa fuese factible, lo que es dudoso, no salvaría a la dialéctica de contraejemplos fatales. Primero, para que algo sea internamente «contradictorio» debe ser un ente complejo. Sin embargo, la mayoría de las «partículas» elementales, tales como quarks, gluones, electrones y fotones son elementales, esto es, simples y no compuestas; por lo tanto, no están constituidas por elementos mutuamente opuestos. Segundo, aunque el conflicto es bastante real en todos los niveles, también lo es la cooperación. En efecto, para que aparezca un conflicto dentro de un sistema o entre dos sistemas, estos deben, para empezar, existir. Y los sistemas surgen gracias a la cooperación, mayormente involuntaria. Por ejemplo, podría decirse que un átomo es una «unidad de opuestos», debido a que esta compuesto por un núcleo positivamente cargado rodeado de electrones cargados negativamente. Pero no hay ninguna «lucha de contrarios» entre estos componentes, los cuales en la mayoría de los casos coexisten pacíficamente. Digámoslo una vez más, el conflicto dentro de sistemas sociales o entre ellos es inevitable, y a veces hasta saludable. Pero la meta explícita de los participantes en los conflictos sociales es eliminar las fuentes de conflicto. La existencia misma de los sistemas muestra que la cooperación es dominante o lo fue en algún momento. También muestra que la cooperación-en y entre átomos, células, personas, sistemas sociales o de lo que se trate- es un mecanismo de emergencia de la novedad tan efectivo como el conflicto. Nada hay de intrínsecamente bueno o malo en el equilibrio o en el desequilibrio: todo depende de si el resultado es bueno o malo. Así pues, los equilibrios del mercado laboral son siempre deseables, mientras que el equilibrio político es malo si mantiene un orden social injusto. En suma, la dialéctica exhibe solo una cara de la moneda, el conflicto, y obstaculiza a la vez la visión de la otra cara, la cooperación. La consecuencia práctica de esto, particularmente para la política, es obvia: si valoramos la cohesión social y la paz, mantengámonos alejados de una cosmología que ensena la conflagración universal (Dialéctica: la conflagración universal). (BUNGE, Mario. **Crisis y Reconstrucción de la Filosofía**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002. P. 43-44)

se ao desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses;^{1671,1672,1673} desvelamento oportunizado pelo jogo e assegurado este pelo princípio dispositivo e pelo princípio do contraditório, ambos constitucionalizados ^{1674,1675}.

¹⁶⁷¹La 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. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.P.149)

¹⁶⁷²El carácter dialéctico de la experiencia se refleja en el movimiento y encuentro con la negatividad que hay en todo cuestionamiento. [...] Cuando uno sabe que no sabe, y cuando, por tanto, no supone a través del método que sólo necesita entender mejor de la forma en la que ya entiende, entonces adquiere esa estructura de apertura que caracteriza al auténtico cuestionamiento. [...] Sin embargo, la apertura del cuestionamiento no es absoluta, porque una cuestión siempre tiene una determinada dirección. El sentido de la cuestión ya contiene la dirección en la que la respuesta a esa cuestión debe venir para ser significativa y apropiada. Con el planteamiento de la cuestión, lo que se cuestiona se pone a una cierta luz. Esto ya «abre por la fuerza» el ser de lo que se cuestiona. La lógica que despliega este ser ya abierto implica esencialmente una respuesta, ya que cualquier respuesta tiene significado sólo en función de la cuestión. El verdadero cuestionamiento presupone entonces apertura, es decir, la respuesta es desconocida, y al mismo tiempo especifica necesariamente las fronteras. (PALMER, Richard E. **¿Qué es la Hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002. P.282-283)

¹⁶⁷³A dialética dialógica não tem como finalidade primeira e última a redução do real a um conceito definitivo e, por esta razão, não cristaliza nem instrumentaliza o processo filosófico. A dialética dialógica gadameriana, diferentemente da dialética hegeliana, não constitui instrumento categorial formal, mas um princípio no sentido que requer e implica o envolvimento do sujeito no processo do filosofar. Por isso não pode, ao final do processo, subsumir a subjetividade. A dialética dialógica não se constitui num método externo ao sujeito que filosofa, nem se justifica como instrumento para a construção de um sistema filosófico abstrato absoluto. A metafísica objetivista e subjetivista pode assim ser superada pela dialética dialógica que não esgota a possibilidade de perguntar, pois, mais que uma categoria formal, é um princípio ontológico e constituidor da filosofia. A dialética dialógica não conduz “necessariamente em direção a uma finalidade preexistente, por um desenvolvimento uniforme e necessário, mas deixa um certo lugar à liberdade humana, com suas possibilidades de transcender todo sistema, toda totalidade dada”. A partir da conversão da dialética hegeliana em diálogo, a filosofia não pode ser mais concebida como o desdobramento de uma razão pré-constituída ou abstrata, mas como uma reflexão histórica e coerente capaz de exprimir uma concepção de sociedade e de mundo que possibilite ao ser humano, ser mais consciente e mais feliz. Ou seja, após ter elevado o real ao conceito – ou ter realizado o percurso da palavra ao conceito – retorna e alarga aquele numa fusão de horizontes. O desenvolvimento do diálogo como espaço, lugar e modo de ser da hermenêutica filosófica radicaliza a inquietude originária, a admiração, a experiência filosófica, como um esforço incessante, uma teleologia interna sem fim, sem o escopo de constituir-se, ao final, em ciência. Enquanto diálogo, “a hermenêutica se oferece como paradigma de uma filosofia que nasce discutida, humanizada e mais preocupada com o homem como ser que faz perguntas que como ser que institui respostas”. O diálogo (Gespräch) hermenêutico acontece na relação entre parceiros, e não entre espectadores passivos ou interlocutores indiferentes, como é o caso da simples conversa (Unterhaltung). Na conversa trocam-se informações e a relação que seus participantes estabelecem entre si é descompromissada do ponto de vista ético-político e antropológico-metafísico. Sem uma preocupação específica em aprofundar um problema, aqueles que conversam permanecem, como diz Platão, no nível da dóxa. Já no diálogo, os parceiros movidos pela paixão pelo saber universal, comprometem-se com suas perguntas e suas respostas. No processo dialógico os participantes se envolvem de tal modo que não discorrem apenas sobre diferentes ideias, mas implicam-se, afetam-se e transformam-se ao longo do diálogo. Para que aconteça um diálogo hermenêutico, os parceiros devem ‘entregar-se a ele’. Entrega que não significa auto-anulação, mas que leva à instauração de um sentido que vai sempre além dele mesmo, exigindo que os parceiros se auto-impliquem e se desdobrem nele. O sentido instaurado no transcurso do diálogo não pode ser imposto ou pré-determinado por alguém ou por um dado externo. Em outras palavras, não se ‘executa’ um diálogo hermenêutico como se executa uma tarefa ou se fabrica um determinado produto. Entregar-se ao jogo dialético dialógico significa necessariamente jogá-lo (tomar posição) e assumir a imprevisibilidade dos riscos decorrentes deste movimento teórico-prático conceitual, auto-implicativo. Diferentemente do monólogo em que o movimento é linear e unilateral, no diálogo ocorre uma reciprocidade na qual os parceiros devem acompanhar e procurar compreender o que dizem ao dialogarem. Por isso, “no diálogo real entre duas pessoas faz parte do êxito do diálogo o constante certificar-se se o outro também ‘acompanha’, isto é, se ele compreendeu os pontos de vista que nós exteriorizamos e se os acolheu produtivamente”. Não se trata, pois de uma relação virtual. Também faz parte da

experiência de acompanhar o outro quando dialogamos, desistir, por vezes, das próprias posições e argumentos e até substituí-los por aqueles que o parceiro apresenta ou que nascem ao longo do diálogo, o que difere portanto da dialética do senhor e do escravo. Outra exigência fundamental do diálogo hermenêutico é que os parceiros acolham a palavra do outro. Platão considerou, segundo Gadamer, “um princípio de verdade que a palavra só encontra confirmação na recepção e aprovação pelo outro e que as conclusões que não vão acompanhadas do pensar do outro perdem vigor argumentativo”. Acolher significa ouvir, receber, procurar captar, compreender o que o outro diz ou quis dizer num determinado momento. Ouvir o outro não significa anular-se ao ouvi-lo ou realizar necessariamente o que pede ou diz. Acolher significa abrir-se ao outro, compreendê-lo em seu horizonte e reconhecer a própria disposição de acatar (ou não) um argumento diferente ou até oposto ao seu. É condição e exigência para que ocorra um diálogo autêntico aquilo que D. Davidson chamou de ‘princípio da caridade’. De acordo com esse princípio procura-se avaliar as palavras e os pensamentos do outro, ao modo do que ocorre na tradução que procura maximizar o acordo em torno de alguma interpretação. Assim, sob a regência do ‘princípio da caridade’, minimizamos a ‘hermenêutica da suspeita’ e maximizamos o valor do acordo no diálogo, o que pressupõe uma imbricação entre vontade e bondade. Pensamos que esta condição resgata e evoca, no âmbito filosófico, a noção de amizade desenvolvida por Aristóteles, como um princípio que deveria reger a argumentação filosófica. A dialética dialógica não se estrutura sobre a tradicional tríade abstrata de tese – antítese – síntese, que se consumaria no Espírito Absoluto. Ao invés de se contentar com sínteses fechadas e definitivas, a dialética dialógica se mostra e se desenvolve como uma lógica de perguntas e de respostas com traços próprios. De acordo com a lógica da pergunta e da resposta compreendemos um texto quando desvendamos suas perguntas e suas respectivas respostas. Contudo, filosofar não consiste apenas em reconstruir as perguntas e as respostas que deram origem a um texto. O diálogo hermenêutico tem uma lógica própria onde a relação constitutiva entre pergunta e resposta não pode ser determinada arbitrariamente nem pelo sujeito nem pela realidade como tal, ‘exterior’ a ele. As perguntas dialógicas são de outra natureza que a pergunta retórica, tal como Aristóteles apresentou na Arte Retórica; são de outra natureza que as referentes a objetos ou a informações específicas. Por exemplo, a pergunta ‘o que é um lápis?’ é de outra natureza que a pergunta ‘o que é o belo?’. As perguntas dialógicas não se circunscrevem à investigação de um único objeto particular específico, nem delimitam o real ao plano do empírico. As perguntas deixam de ser dialógicas quando se compreendem como perguntas por objetos, perdendo assim o caráter ‘estar descobrindo’, de inquirir, e se convertem em busca por informações. As perguntas estruturadas segundo o esquema sujeito-objeto não são as únicas possíveis, nem constituem-se em modelo da filosofia. As perguntas referentes a objetos específicos comportam respostas esgotáveis, definitivas, ao passo que as dialógicas são inesgotáveis e sempre dão o que pensar, exigindo sempre novas perguntas. As perguntas e as respostas dialógicas formam um jogo circular, simultâneo-concêntrico. Estas, diferentemente das perguntas e respostas referentes à aquisição de informações acerca de objetos específicos, fazem e instauram o sentido e reúnem-se num movimento de tensão e distensão constante. Tanto a resposta quanto a pergunta não podem ser desconectadas de um determinado contexto físico-espacial. As perguntas e as respostas dialógicas tecem e compõem uma espécie de rede argumentativa – o que nos permite afirmar que o modo de pensar e de conhecer da hermenêutica expressa-se em forma de um ‘pensamento de rede’ (vernetztes Denken) – ao passo que as perguntas e as respostas que se restringem a ampliar um determinado número de informações objetivas levam à construção de um discurso linear, claro e distinto. A pergunta dialógica descobre tanto quem pergunta quanto quem é perguntado. Ela não nega nem prescinde dos seus pressupostos de compreensão e, implicada numa única temporalidade com a resposta, “tem um determinado lugar no diálogo; ela não é arbitrariamente transferível. Se for colocada ‘em um tempo errado’, ela permanece cega e não produz nada. Quando compreendida só em sua literalidade e não também segundo o caráter de sua posição dentro do diálogo, ela permanece necessariamente incompreendida”. Deste modo, a pergunta e a resposta dialógicas, com sentido, têm seu tempo oportuno, isto é, sua maturidade. Assim como as frutas que amadurecem em seu tempo próprio, podemos dizer que o diálogo ‘torna oportuna’ uma pergunta que só pode ser frutífera, “quando esta oportunidade da pergunta é assumida e compreendida pelos participantes. Nisso pode acontecer-lhes também que eles ‘percam’ uma pergunta, deixem-na passar inaproveitada”; por isso dizemos que “uma pergunta por mim colocada pode ser ‘oportuna’ ou ‘inoportuna’”, fazer ou não sentido, nascer e ‘vingar’ ou morrer no diálogo. As perguntas e as respostas dialógicas têm seu tempo, sua maturidade, uma vez que estão vinculadas ao tempo, ao espaço, às expectativas e às possibilidades históricas em que se encontram os parceiros do diálogo. Como podemos saber se as perguntas e as respostas constituem ou constituíram um autêntico diálogo hermenêutico, ou seja, uma dialética dialógica? É difícil precisar uma resposta. Em todo o caso, quando, p. ex., dizemos, ao final de um diálogo, que ele fez sentido, nos realizou, nos plenificou ou então quando nele vivenciamos uma experiência de transcendência, de totalidade. Na dialética dialógica refletimos sobre o sentido da existência humana, pois uma ‘vida que não é examinada não é digna de ser vivida’. No diálogo hermenêutico procuramos um consenso que não é uniformidade, que não é fundição de tese e de antítese, que não é conciliação de oposições simplesmente, que não é negação das diferenças. A dialética dialógica só pode ser assegurada como autêntica por suas implicações ético-políticas, ou seja, quando nos leva a viver melhor, mais livres e mais felizes. Entre o perguntar, o responder e o ouvir instaura-se uma relação necessária e complementar. A pergunta dialógica, ao ir

O Processo em sua dinamicidade acaba influenciando o perfil estático, tanto em seu objeto do processo formal quanto o material (formação do processo), ressemantizando-o com o objeto do debate processual oportunizador de flexibilidade *dinâmica* do perfil *estático*.

Existe uma ampla discussão quanto a diferenciação entre objeto do processo e objeto do debate processual, porém, no que se refere ao *objeto do processo* este abrange a totalidade das questões postas à apreciação jurisdicional, formando assim objeto da cognição do magistrado,

além das coisas propriamente ditas, dirige-se ao outro e assume com atenção ‘o seu tempo’ constituindo uma dialética entre os momentos do falar e do ouvir. A postura própria da dialética dialógica, com relação ao outro, é ser ‘todo ouvidos’, ultrapassando assim a relação unilateral reificadora. O autêntico filosofar emerge e se desenvolve na relação entre perguntar e responder, falar e ouvir, silenciar e assimilar o que o outro diz ou quer dizer, sem primazia do tu ou do eu, mas daquela terceira margem que ‘nasce’ entre ambos. Podemos dizer que é problemático e até certo ponto contrário ao espírito dialógico quando, numa discussão sobre um tema, fazemos uma lista para que as pessoas possam emitir seus argumentos acerca do mesmo. À medida que um diálogo efetiva-se, um ‘espírito’, uma ‘coisa’, vai tomando corpo. Ora, o argumentar que segue uma ordem cronométrica chega geralmente tarde ou cedo demais truncando a fluidez do movimento dialético dialógico. O tempo apropriado das perguntas e das respostas não pode ser fixado a priori e só saberá perguntar ou responder, filosoficamente, quem jogar o jogo dialógico e esforçar-se por tecer uma rede relacional entre dizer e ouvir tal como acontece na amizade. Nesta encontramos o medium no qual todas as exigências e condições da dialética dialógica podem efetivar-se. Gadamer, o ‘Sócrates’ contemporâneo, percebeu muito bem a força e a importância da amizade como condição do diálogo hermenêutico ao afirmar que este “possui uma força transformadora. Quando ocorre um diálogo, permanece algo em nós que nos transforma. Por isso o diálogo possui uma afinidade peculiar com a amizade. Só no diálogo (e no riso em comum, que é como um consenso desbordante sem palavras) os amigos podem encontrar-se e criar esse gênero de comunidade em que cada qual é o mesmo para o outro”. Concordamos plenamente com essa afirmação que reúne e contempla as condições e as exigências para o acontecer do diálogo hermenêutico. (ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica uma Configuração entre Amizade Aristotélica e a Dialética Dialógica. Revista de Filosofia Síntese*, Belo Horizonte, v. 31, n.º 100, 2004. P. 193-198)

¹⁶⁷⁴Ver ainda as diversas bases teóricas quanto a delimitação do objeto processual: 7 - Causa petendi na teoria do objeto litigioso; 7.1 - A pretensão processual *prozessuale Anspruch*) como objeto litigioso; 7.2 - A pretensão material (*materiellrechtliche Anspruch*) como objeto litigioso; 7.3 - O denominado *Streitgegenstand* como tema central da doutrina processual civil alemã; 7.4 - O objeto litigioso como afirmação jurídica, segundo a natureza da demanda; 7.5 - O objeto litigioso delimitado exclusivamente pelo pedido (*Antrag*): extromissão da causa petendi; 7.6 - A causa petendi (*Sachverhalt*) e o pedido (*Antrag*) como elementos componente do objeto litigioso. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Causa Petendi no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. P. 10-11 e 76 e segs.)

¹⁶⁷⁵Também mais de uma vez já se falou sobre qual seja o objeto do processo. A finalidade do processo é a composição da lide. Na lide se contém uma pretensão resistida, ou insatisfeita. É a pretensão que dá origem à lide, e, por isso mesmo, ao processo. Este se instaura porque o autor formula um pedido, deduzindo uma pretensão. E o seu pedido é o de que o juiz acolha a sua pretensão, sem embargo da resistência que lhe opuser o réu. Objeto do processo, pois, é a pretensão do autor. Conhecendo da ação, o juiz acolherá ou não a pretensão, de qualquer forma compoando a lide. Assim pode-se dizer. Com Carnelutti, que o processo é continente de que a lide é conteúdo. Em síntese, o processo é o continente de que a lide é o conteúdo, a pretensão seu objeto. Mas a pretensão é o objeto material do processo. Porque além desse objeto material há também um objeto formal do processo. O processo como instrumento da jurisdição, é também a disciplina das atividades jurisdicionais. Instrumento destinado à composição do litígio, destinado a possibilitar aos órgãos jurisdicionais o exercício de uma função, que é a de fazer justiça, o processo deve ser regular. A própria garantia das partes exige que o instrumento de que se servem os órgãos jurisdicionais seja o mais aproximadamente perfeito, sem vícios ou defeitos. Ao juiz cabe verificar a regularidade do processo, se se obedeceram na sua formação e desenvolvimento as normas que o regem. Verificando existir irregularidades sanáveis ou corrigíveis, determinará a sua sanção ou correção; ordenará supressão de falhas; declarará o processo nulo quando os vícios forem de natureza a não poderem ser corrigidos. E isso tudo o juiz decidirá, antes de julgar o mérito, isto é, antes de resolver quanto à pretensão do autor. Então, ao lado do objeto material do processo, que é a pretensão, tem o processo um outro objeto, de natureza formal, que é o próprio processo. É uma coisa curiosa, mesmo aparentemente paradoxal, mas a verdade é que o processo atua sobre o próprio processo. (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 1º Vol. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990)

já o *objeto do debate processual* é um conceito maior do que o *objeto do processo*: incumbe ao autor determinar o objeto do processo por meio de sua pretensão e, ao réu, contribuir com a

determinação do objeto do debate processual: a pretensão delimita o primeiro e, essa somada à resistência do demandado, delimita o objeto do debate.^{1676,1677,1678}

¹⁶⁷⁶O objeto litigioso constitui-se em um conceito menor do que o objeto do processo - esse último compreendido como o pedido do autor (formulado na petição inicial e nas oportunidades em que o sistema processual lhe permita ampliá-lo e ou alterá-lo), o pedido do réu (formulado na reconvenção ou nas ações dúplices). Incumbe ao autor determinar o objeto do processo por meio de sua pretensão e, ao réu, contribuir com a determinação do objeto do debate: a pretensão delimita o primeiro e, essa somada à resistência do demandado, delimita o objeto do debate. Os fatos afirmados pelo réu não servirão para determinar o objeto do processo, visto ser esse somente a pretensão, muito embora sirvam tanto para ampliar o debate (no caso de o réu alegar fatos próprios, esses ampliam a matéria sobre a qual incidirá o debate) e ou completar o que deve ser decidido na sentença (ao alegar fatos próprios, a decisão do juiz não poderá se referir à pretensão do autor, somente, como também à fundamentação da resistência do réu). Ou seja, o réu não consegue, pelas suas defesas, fazer com que o processo tenha dimensão maior, menor ou diversa daquela que o autor originou mediante a sua demanda inicial. Outra demonstração do que ora se expõe é que não há processo sem demanda, muito embora uma vez instaurado possa prosseguir sem contestação. (WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito). P. 151)

¹⁶⁷⁷O objeto do processo é conjunto do qual o objeto litigioso do processo é elemento: esse é uma parcela daquele. Enquanto o objeto do processo abrange a totalidade das questões postas sob apreciação judicial, o objeto litigioso do processo cinge-se a um único tipo de questão, a questão principal, o mérito da causa. Enquanto o primeiro faz parte apenas do objeto da cognição do magistrado, o segundo é o objeto da decisão. A demanda costuma ser considerada como o ato que fixa o objeto litigioso e, portanto, define o objeto do ato final do procedimento. A demanda pode ser inicial (manejada com a petição inicial) ou ulterior (como é o caso das demandas incidentais, reconventionais, deduzidas através de pedido contraposto, oposição, reconvenção, denúncia da lide etc.). Discute-se muito sobre em que consiste o objeto litigioso: se ele é apenas o pedido ou se nele se inclui também a causa de pedir. O tema é tormentoso. Alguns doutrinadores não chegaram a qualquer conclusão, outros anunciam posição sem maior aprofundamento, mas, segundo a maior parte da doutrina, o objeto litigioso do processo é o pedido. Há quem defenda que o objeto litigioso do processo é o pedido identificado com a causa de pedir. Há uma tendência doutrinária de seguir esse entendimento, até mesmo em razão do regramento da coisa julgada no direito brasileiro, que exige a identidade de pedido e de causa de pedir para a sua configuração. Note que, de acordo com esta concepção, também comporá o objeto litigioso do processo a demanda proposta pelo réu, por reconvenção ou pedido contraposto. Nestes casos, o réu é demandante – autor, portanto, embora de demanda incidental. Sucede que esta concepção é insuficiente para explicar a complexidade das situações em que, em um processo, alguém afirma ter um direito. É que a participação do réu na formação do objeto litigioso não se restringe ao caso em que ele apresenta uma demanda contra o autor. Quando, em sua defesa, exerce um contradireito, como nos casos da compensação, exceção de contrato não cumprido e direito de retenção, o réu acrescenta ao processo a afirmação de um direito que comporá o objeto litigioso da decisão. O juiz decidirá sobre a existência deste contradireito como uma questão principal. O objeto litigioso, nesse caso, passa a ser o conjunto das afirmações de existência de um direito feitas pelo autor e pelo réu. Resumidamente, no caso em que o réu exerce um contradireito, o mérito do processo é a soma de dois binômios, que pode expressar-se da seguinte maneira: afirmação do direito feita pelo demandante (pedido + causa de pedir) + afirmação do contradireito feita pelo demandando (pedido relativo à exceção substancial + causa dessa exceção substancial). A observação tem importante repercussão prática. A decisão do juiz sobre a afirmação do contradireito, por se tratar de decisão sobre o mérito da causa, torna-se indiscutível pela coisa julgada material. A não inclusão do contradireito exercido pelo réu no conceito de objeto litigioso gera uma situação esdrúxula: haverá um gênero de direitos, aqueles que somente são exercidos como reação ao exercício do direito por outra pessoa, cuja apreciação jurisdicional não poderia tornar-se indiscutível pela coisa julgada material – circunstância que, claramente, não condiz com os princípios da segurança jurídica (decisões judiciais sobre um gênero de direitos jamais ficariam acobertadas pela coisa julgada, conteúdo da segurança jurídica), da inafastabilidade da apreciação jurisdicional (na medida em que uma gama de direitos estaria excluída da definitividade da jurisdição, em qualquer caso) e da igualdade (direitos de autor e réu teriam regime jurídico processual diverso, sem qualquer justificativa nesse sentido). Todo procedimento possui um objeto litigioso, que é o tema a ser resolvido pelo ato final, do qual todos os demais atos que o compõem são preparatórios. O objeto litigioso de cada procedimento é definido pelo seu ato inaugural, normalmente uma demanda formulada por uma das partes – com a possibilidade de ampliação em razão da postulação do réu (com a afirmação de direitos, na reconvenção ou pedido contraposto, ou contradireitos, na defesa). (DIDIER, Fredie. **Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015**. In: MOUZADAS, Rinaldo; SILVA, Declaute Oliveira; MARTINHO, Rodrigo Saraiva. (orgs.). *Improcedência*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodvim, 2015. P. 65-68)

Como consequência do princípio dispositivo, as decisões judiciais devem referir-se não só ao objeto do processo, que traz consigo um enfoque parcial do princípio, mas principalmente ao objeto do debate, que representa uma visão completa do princípio, já que engloba tanto a pretensão processual deduzida pelo autor como as exceções apresentadas pelo demandado. Como consequência, as decisões judiciais devem ser congruentes não só com a pretensão processual, mas com as exceções opostas do réu.¹⁶⁷⁹

Muitas influências sofreram a diferenciação em destaque, uma delas é de que o objeto do processo vincula-se ao seu centro constitutivo na ação e o *objeto do debate processual* (ou *objeto do litigio*) tem como centro a *pretensão*, assim Alemães e Italianos divergem quanto a teorização para com a formulação dos objetos.¹⁶⁸⁰ A pretensão é relevante, pois faz saber o que o demandante reclama e o que, como e quando afirma com a formação do objeto do processo (substancial ou formal): desse modo o acertamento judicial pode assumir as conotações de um "prisma" em que se refere a existência humana, perante o sistema jurídico de direito substancial. *É possível assim recuperar a correlação de avaliações entre o direito privado e direito processual civil, que impeça o uso abusivo do processo.*

Não se trata de uma abertura indiscriminada em direção da relevância do motivo subjetivo e individual na base da iniciativa para o desenvolvimento do objeto do debate processual, mais do que uma abertura calibrada em direção ao escopo do objeto que, na situação concreta em que o conteúdo do objeto processual é alegado, apoia-se assim a ação judicial.

¹⁶⁷⁸Ver ainda: PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto processuale Civile**. Seconda Edizione, Napoli: Jovene Editore, 1996. P. 66-67.

¹⁶⁷⁹RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC**. Em: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P.37-38.

¹⁶⁸⁰A tradição jurídica brasileira liga-se ao método italiano centrado na ação, a qual tem como centro de convergência, razão pela qual o objeto do processo é estudado sob o prisma dessa, da teoria do *træ eadem*. "Diversamente do que ocorreu com a doutrina do direito alemão, que procurou determinar o objeto litigioso partindo da ideia de pretensão, os autores italianos preferiram defini-lo, servindo-se da ideia de ação". Nesse sentido, alemães e italianos divergem em relação ao cerne do polo metodológico do estudo do objeto do processo, sendo que os primeiros o realizaram sob o prisma da pretensão enquanto que, os segundos, pela ideia de ação. A doutrina processual brasileira segue a tradição italiana, definindo o objeto do processo por meio dos elementos da demanda, isto é, partes, pedido e causa de pedir. Entretanto, a terminologia objeto do processo encontra maior eco no direito processual alemão, devendo muito à existência – e imprecisão – do conceito legal de *Anspruch* constante na ZPO como será melhor visto abaixo, não sendo assimilada com essa dimensão pelas regras jurídicas que compõe o processo civil brasileiro. Nessa linha, lei processual pátria prefere as expressões "lide" e "mérito", reconhecendo-se, nesse sentido, que BUZAID é responsável pelos padrões dogmáticos que permeiam as regras que compõe o direito adjetivo brasileiro, ao menos na vigência do CPC/73.314 Destarte, tendo em conta que o CPC/2015 cuidou em manter a terminologia do CPC revogado, pode-se afirmar que não houve uma expressiva solução de continuidade, ao menos em relação à influência terminológica na legislação brasileira. (WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito). P. 101)

Uma consideração meramente estrutural, estática, rígida e atemporal do objeto do processo, passa a ser um esforço destinado a responder somente a demanda relativa a "que coisa" é deduzida ao juízo em termos da teoria da *fattispecie*, independentemente das condições factuais e das expectativas do autor e do conteúdo do objeto processual, pois perde assim aderência com uma realidade substancial das mil possibilitada pela manifestação de um andar sob a luz manifesta do céu, apresentando-se com um horizonte de possibilidade hermenêutica. É difícil deixar o "porquê", o "como" e o "quando" integralmente fora da teoria do objeto do processo.¹⁶⁸¹

Na *lide*, a(s) contingência(s) do fenômeno fáticos são externadas como fenômenos conflituais que servem de limites e possibilidades para com a delimitação e ampliação do direito subjetivo, bem como para criação de texto pelo objeto do processo substancial, de tal modo a atmosfera da relação jurídica matiza-se em uma pretensão dimensionada pela demanda cria uma atmosfera de relação jurídica processual tomando a relação processualidade, verificando ao longo do processo das alegação das partes a sua comprovação por meio das provas.^{1682,1683}

¹⁶⁸¹Probabilmente tale aspetto critico ha guadagnato per la prima volta in modo prepotente le luci della ribalta giudiziaria italiana nel caso Gubisch c. Palumbo. Il mutamento di prospettiva espresso nel passo della sentenza citato nella precedente nota a piè di pagina è di una semplicità disarmante, quasi un "uovo di Colombo". Esso può essere sintetizzato in una massima che si stringe nel pugno di una mano: se è importante sapere che cosa l'attore fa valere in giudizio, ancora più importante è sapere perché, come e quando lo fa valere. Così può entrare nel processo la vita, cui si richiamano felicemente la nozione chiovendiana e le espressioni tedesche *Lebenssachverhalt* ovvero *Lebensvorgang*. Così l'accertamento giudiziale può assumere i connotati di un "prisma" nel quale si riflette l'esistenza umana, prima che l'ordinamento di diritto sostanziale. Così si può recuperare la correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile, che impedisca un uso abusivo del processo. Non si tratta di una apertura indiscriminata verso la rilevanza dei motivi soggettivi e individuali alla base della iniziativa litigiosa, bensì di una apertura calibrata verso lo scopo oggettivo che, nella situazione concreta in cui si trova il soggetto, sorregge la sua azione giudiziale. Una considerazione meramente strutturale, statica, rigida, atemporale dell'oggetto del processo, uno sforzo teso a rispondere solo alla domanda relativa al "che cosa" è dedotto in giudizio in termini di teoria della *fattispecie*, indipendentemente dalle condizioni fattuali e dalle aspettative dell'attore e del convenuto, perde il contatto con una realtà sostanziale dalle mille sfaccettature, dai mille colori cangianti. È difficile lasciare il "perché", il "come" e il "quando" integralmente fuori dalla teoria dell'oggetto del processo. (CAPONI, Remo. **Processo civile e complessità**. Disponibile em <<https://www.scribd.com/document/348570805/Remo-Caponi-Processo-civile-e-complessita-pdf>> Acessado em 30/01/2018. P.6-7)

¹⁶⁸²A *lide* é, portanto, um desacordo. O elemento central do desacordo é o conflito de interesses: quando é satisfeito o interesse de alguém, deixa-se de satisfazer o interesse de outra pessoa, e vice-versa. Sobre esse elemento substancial, acrescento um elemento formal, que consiste no comportamento correlativo dos dois interessados. Um dos indivíduos exige que o outro o tolere e respeite a satisfação do seu interesse, e a essa exigência damos o nome pretensão; porém, o outro, em vez de tolerá-lo, opõe-se a ele. Não seria necessário dizer que a *lide* é uma situação perigosa à ordem social. Mesmo que ainda não seja um delito, este nela está contido em germe. Entre *lide* e delito existe a mesma diferença que há entre perigo e dano. Por isso, litigiosamente e delinquência são dois índices correlativos de incivilidade; pois, quanto mais civil ou civilizado é um povo, menos delitos são cometidos e menos litígios surgem. (CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. P. 55-56)

¹⁶⁸³La conocida definición de CARNELUTTI que ve en la jurisdicción la actividad de "composizione delle liti", es expresiva de una visión del proceso, sobre todo del civil, como instrumento orientado a resolver litigios. La "lite" en el sentido carneluttiano no es más que el conflicto surgido entre dos o más sujetos respecto de un derecho. Habría otrosí que matizar que la postura de CARNELUTTI comporta la existencia de esa contienda en tanto uno o varios de los sujetos afirmen el desconocimiento de una norma material por los otros, pues caso contrario la regla

Los contendientes que se convierten en litigantes han pasado de ostentar una posición estable como detentadores de derechos a la inestabilidad (liminalidad) de estar sujetos al ritual del procedimiento de resolución de la controversia. El estado de sus derechos y obligaciones es ambiguo por cuanto la propiedad de la cosa o situación que constituye el objeto del conflicto esta ahora abiertamente controvertida. Una vez se ha dictado sentencia, la situación social de los litigantes se ha visto modificada con independencia de quién gane el pleito, y cada uno deberá actuar en consecuencia.¹⁶⁸⁴

A ideia de *lide* defendida nessa tese, tem fundamento na *pretensão processual* de Ribeiro¹⁶⁸⁵, na *lide* de Carnelluti¹⁶⁸⁶, na *pretensão regulativa*¹⁶⁸⁷ de Puga e da *pretensão*

sustantiva sería bastante para "componer" los conflictos de intereses por ella contemplados ("*ubi partes sunt concordantes nihil ad iudicem*"). Tal concepto "funcional" de jurisdicción es de difícil encaje en aquellas hipótesis en que el ordenamiento excluye del ámbito de los particulares -o condiciona- la plena disponibilidad de determinadas situaciones jurídicas. Así acaece al señalar que la constitución, modificación o extinción de tales situaciones no puede verificarse más que por obra o con intervención del órgano jurisdiccional. Estos supuestos, que excepcionan la normal disponibilidad negocial de los derechos, abarcan aquéllos en los que coexisten intereses que amen de al individuo se considera que afectan a la comunidad. Recordemos, verbigracia, la incapacitación, la nulidad, disolución o separación matrimoniales, la filiación (paternidad/maternidad), en que concurriendo las exigencias legales previstas (determinadas enfermedades mentales, adulterio, acreditamiento mediante pruebas biológicas, etc) podrá lograrse a través del proceso el efecto constitutivo pretendido. No tiene que haber necesariamente en estos casos ni violación de norma alguna ni por ende conflicto entre partes conocidas y determinadas, y sí se constatan en esas situaciones intereses públicos que se estiman además prevalentes. Esta denominada jurisdicción "constitutiva" (necesaria) sería extraña al concepto "funcional" de jurisdicción defendido por CARNELUTTI provocando la búsqueda de otras perspectivas para aprehender el "fenómeno" de la satisfacción de intereses -también generales-, sin que preexista una controversia surgida de la violación de una norma, lo que proporciona un contenido objetivo a la jurisdicción. *In re ipsa*, la jurisdicción comporta actuar la ley en el caso singular lo que significa, desde la preexistencia de ésta, determinar su concreta voluntad fijando el supuesto fáctico normativo (Tatbestand o fattispecie) en el que eventualmente se subsume ya la situación que afirmada jurídica ha sido desconocida, negada o violada, o ya el conjunto de exigencias legalmente previstas para la constitución, modificación o extinción de una situación. En desarrollo de la función de declaración, parcial o generalmente el órgano jurisdiccional objetiva su convicción que en el momento, o transcurridos los plazos para su impugnación, devendrá indiscutible en sus propios límites (objetivos, subjetivos y temporales). (ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n.º23, 1996. Pp.13-48. P. 3)

¹⁶⁸⁴CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 161.

¹⁶⁸⁵RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho**. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004.

¹⁶⁸⁶CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006.

¹⁶⁸⁷Es importante considerar con cuidado de qué se trata esta "regla que resuelve el caso" de un modo diferente a la regla expresada en la orden regulativa. Se trata de una norma que inicialmente tiene un alcance general, pero que al aplicarse al caso, o litis, instaura una regla de un alcance regulativo distinto, el que se expresa en lo que vengo llamando pretensión regulativa de la decisión. En otras palabras, la litis o relato del caso debe verse como una instancia de designación del alcance de la regla que resuelve el caso. Este alcance puede ser diferente al de la regla que se establece en la/s orden/es regulativa/s del resolutorio de la sentencia. En este sentido, una decisión será más o menos efectiva en la medida en que se cumpla o siga la regla que determina la pretensión regulativa, y no sólo en tanto se implemente la regla establecida en la orden regulativa (la que tiene el respaldo de la fuerza coactiva del estado). En síntesis, la gran mayoría de las decisiones judiciales en nuestro país tienen una orden regulativa o fuerza vinculante limitada a las partes procesales (salvo las acciones colectivas y los fallos plenarios). Sin embargo, su efectividad regulativa no depende solamente de que se cumpla la regla particular que impone esa orden, sino también la regla que decide el caso (que podría ser más amplia) y que instaura la pretensión regulativa de la decisión. Ahora bien, las decisiones judiciales pueden presentar distintos grados de pretensión regulativa, como se verá a continuación, según que se designe en la definición de la litis un alcance más amplio o más restringido para la aplicabilidad de la regla de decisión. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral.P.137-138)

substancial de Brus¹⁶⁸⁸. A *lide* enquanto composição de um relato do conflito não é uma mera acumulação de fatos juridicamente validados (subsunção), pois ela importa numa construção – similar a de arquiteto e de engenheiro – pelo qual a *questio facti* reveste uma roupagem própria em cada caso. Os fatos jurídicos se interpretam ou re-interpretam no cenário judicial.¹⁶⁸⁹ Como

¹⁶⁸⁸Le principe dispositif, s'il se concrétise par la formulation des prétentions par les parties, se caractérise plus particulièrement par la formulation de prétentions substantielles et uniquement substantielles. Il ne recouvre pas les hypothèses où les parties formulent des prétentions procédurales. En effet, le principe d'initiative, qui constitue le fondement de l'obligation pour les parties de remplir les charges processuelles, fonde également la possibilité pour les parties de formuler des prétentions procédurales. La prétention procédurale est une question posée au juge qui a trait au déroulement de l'instance. La prétention procédurale est donc la prétention qui a pour objet la forme du règlement du litige et non le fond du litige qui constitue la matière litigieuse. Lorsque les parties les formulent, elles agissent en vertu du principe d'initiative qui caractérise leur office quant au déroulement de la procédure (§1). Le principe dispositif s'entend par conséquent uniquement comme la formulation d'un litige par les demandes substantielles (§2). (...) La délimitation du litige par les parties s'exprime uniquement par la formulation de demandes substantielles et non par la formulation des demandes procédurales, ni même par la formulation de défenses au fond. Lorsque le défendeur formule une défense au fond, il ne formule pas de demande mais ne fait que mettre en œuvre les droits de la défense en contestant les prétentions de son adversaire. (...) Seules les demandes substantielles, entendues comme les demandes initiales, reconventionnelles ou additionnelles, constituent donc la matière litigieuse. La délimitation par les parties du litige entraîne nécessairement la mutabilité de la demande initiale. Lorsque les parties émettent leurs prétentions substantielles, la demande initiale est nécessairement modifiée, ce qui a pu laisser croire à la fin du principe d'immutabilité du litige. Néanmoins, derrière ce dernier se dissimule le principe de l'unité du litige qui vient relativiser cette évolution. Aussi, si la mutabilité de l'évolution de la demande initiale est une conséquence du principe dispositif (A), l'interdiction de la mutabilité du litige est une conséquence du principe de l'unité du litige (B). (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit.P. 88, 101 e 102)

¹⁶⁸⁹ En este aparatado me interesa subrayar en qué sentido la perspectiva analítica de la decisión judicial resulta insuficiente para dar cuenta de esa particular función de las decisiones judiciales, al ignorar el efecto performativo de la decisión. En primer lugar, ocurre que la mirada tradicional se concentra o bien en las reglas sustantivas que se aplican a los hechos probados, o bien en las reglas de la prueba que determinan cuáles serán los hechos que compondrán el relato del conflicto y cuáles no. Desde ese ángulo, los analíticos ven a los hechos como si fueran los “ladrillos” (o “conjunto de ladrillos”) que componen una obra a la que se califica de premisa fáctica o *questio facti*. Se asume que la organización o explicación de sentido de esos hechos, es una cuestión objetiva, la cual se deriva de su existencia procesal, y es exclusivamente producto de la prueba aportada o de las reglas de interpretación de esa prueba. Esta mirada limitada oscurece actividades vitales de la composición del relato de los hechos. Apelando nuevamente a la metáfora, se puede decir que enturbia: 1) la labor del arquitecto, capaz de componer diferentes modelos de obra con los mismos ladrillos, y 2) la labor del ingeniero de materiales, capaz de proyectar la estructura de cada ladrillo para conseguir un conjunto predeterminado de propiedades. La *litis*, en cuanto composición de un relato del conflicto, no es una mera acumulación de hechos juridicamente validados (probados y calificados legalmente). Ella exige una impronta similar a la del arquitecto, y a la del ingeniero de materiales, para que la *questio facti* denote un sentido particular, imprescindible para justificar la intervención judicial. Me refiero con esto al sentido del conflicto. Los jueces seleccionan, ordenan, nominan (es decir, evalúan previamente) los hechos probados, y componen relatos con sentido a partir de ellos. Lo que instauran es un particular discernimiento del conflicto, creado a instancias de una creativa composición del relato de causalidades. Ricardo Caracciolo reconoce parte de los movimientos que aquí denuncio invisibilizados como algo que no es ignorado por los analíticos. Al describir la operación de subsunción, el autor insinúa la exigencia de algún tipo de ajuste en la descripción de los hechos para acomodarlos a la idea de “caso” aplicable, o caso previsto en la norma. Si bien este ajuste descriptivo de hechos-norma es un primer indicio del tipo de actividad judicial que estoy intentando resaltar aquí, la composición judicial de los hechos exige bastante más que operaciones de ajuste, y ello se hace evidente cuando las normas son tan vagas como la regla de igual protección. Brown ha mostrado que los jueces “eligen” un relato entre varios muy distintos, pero plausibles. Ellos se componen con los mismos hechos (a los que se atribuyen diferentes propiedades), y se ajustan a la misma norma (la cláusula de igual protección). No se trata sólo del armado de un rompecabezas mediante ajustes, sino que hay un compromiso evaluativo previo con su sentido, el que, en definitiva, determina la decisión selectiva. Kelsen ya había advertido que las decisiones sobre los hechos son decisiones que los constituyen en cuanto tales, reconociendo, aparentemente, el carácter performativo, en cuanto instauración, de las decisiones sobre la *questio facti*. Los hechos jurídicos son tales porque

visto o mérito é reflexo da autonomia de vontade, e pode pelo próprio objeto trazer fatos que não são reflexos da subsunção (situação jurídica substancial), ou pode, também, que o objeto formal seja substancializado após o debate processual. O objeto do debate processual realiza a abertura do objeto processual, seja foram ou substancial, ampliando a decisão judicial por seu caráter mais amplo que o objeto do processo. Assim a visão de *lide* correlaciona-se com a ampliação ou fechamento do objeto do processo.

Para Calamandrei, o processo não se prestaria a resolver efetivamente o conflito, mas somente a resolver o que foi posto no juízo pela *causa petendi e petitum*.¹⁶⁹⁰ Calamandrei critica Carnelutti ao ressaltar que a tese deste seria de cunho *sociológico*, e não *jurídico*.¹⁶⁹¹

Porém, com vistas à pretensão subjetiva, capaz de realizar a devida tutela do direito material, bem como contrabalanceando com a função pública do processo e da função judicial,

la validación judicial de los mismos es un acto de instauración. Lo que aquí venimos insinuando, además, es que esa instauración es una operación compleja por la cual no sólo se da valor jurídico a lo que pasa en el mundo, sino que se construye un sentido sobre lo que pasa en el mundo. Esta función de composición performativa está fuera del espectro clásico de análisis de la decisión judicial, porque ella no transcurre como un proceso epistémico o de descubrimiento, sino como un proceso de lucha estratégica y de negociación hermenéutica que atraviesa a todo el proceso judicial, teniendo en la determinación de la litis a uno de sus momentos claves de instauración. El sentido de la litis puede volver a entrar en disputa al momento de la apelación, en segundas instancias, y en especial al momento de la implementación de la decisión. Los hechos de la litis así constituidos (los hechos jurídicamente relevantes, instaurados por su validación judicial) tienen una vocación, causalidades implícitas, explícitas y percibidas; en definitiva poseen un sentido dominante. La forma en que se organizan en una explicación causal, el sentido que reivindican en esa organización, el grado en que se asimilan y distancian del sentido otorgado por los sujetos involucrados constituyen elementos que permiten caracterizar a un relato o litis como estructural o no. En efecto, los jueces que toman decisiones estructurales componen relatos que involucran a muchos sujetos cuya versión del relato es pobremente incluida en esa versión, y el grado en que dichas versiones aparecen en la litis siempre estará subordinado al relato principal. Los hechos se interpretan o re-interpretan en el escenario judicial (existen o no procesalmente) conforme a la impronta del hacedor de la litis, quien en su tarea de instauración da más o menos cuenta de la lucha (o acuerdo) hermenéutica/o ante sus estrados. Pero sobre todo, cuando el relato es estructural, el hacedor abandona la todopoderosa explicación causal única en la composición del relato para incorporar imbricaciones. Éstas pueden presentar (o no) complejidades multicausales y de numerosas derivaciones. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 106-108)

¹⁶⁹⁰CALAMANDREI, por seu turno, realizou conhecido estudo no qual revisitou criticamente o conceito caneluttiano de *lide*, demonstrando que a *lide* não se constitui no objeto imediato do processo. Ao efetuar uma reconstrução do conceito de *lide* das questões no pensamento caneluttiano, o doutrinador, conclui que o juiz não toma contato (ou ciência) com a *lide* tal qual ocorrida fora do processo, mas, sim, tão-somente com a sua porção colocada em evidência pela demanda do autor. Desse modo, o que é levado à presença do juiz não é a *lide*, mas, sim, a demanda, sendo certo que todos os problemas que devem ser resolvidos estão unicamente nessa última, sem necessidade alguma de ir mais além. (WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito). P. 108)

¹⁶⁹¹Em síntese, o conflito de interesses não entra para o processo tal qual manifestado na vida real, mas, sim, indiretamente, conforme a feição e configuração que lhe dá o autor em seu pedido. Por tudo isso, o Mestre conclui que Calamandrei estava certo ao afirmar que o conceito caneluttiano de *lide* tem natureza sociológica e, não, jurídica. O conflito de interesses existente fora do processo é a razão de ser ou, ainda, a causa remota, mas, não, o objeto do processo. Nesse sentido, afirma que a *lide* se distingue rigorosamente do processo, sendo esse o continente e, aquela, o conteúdo. Pode-se afirmar, com base na citada crítica caneluttiana, que só muito secundariamente a composição do litígio constitui o objeto do processo. (WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito). P. 104)

apoiando-se sobre a visão de *lide* Carneluttiana, a *lide* é o conflito intersubjetivo de interesses¹⁶⁹² – e não o pedido – e consiste na pretensão e na resistência, que são atos jurídicos.¹⁶⁹³ Na lide, está em discussão um objeto de interesse, que é um bem, chamado de objeto do conflito de interesses¹⁶⁹⁴, que se expressa por meio da pretensão subjetiva, a qual supera o direito como lei: “*En definitiva, a la luz de todas estas previsiones constitucionales, se alcanza una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza indisponible del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccional pueden otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto.*”¹⁶⁹⁵

A lide, assim, é policêntrica na medida em que sua fisionomia é dotada de fenômenos reflexos da vida que cobram do judiciário uma decisão de cunho notadamente político, por possuir caráter constitucional e refletir na sociedade seu efeito.¹⁶⁹⁶

¹⁶⁹²El conflicto actual de intereses se denomina litis. La terminología a este respecto no está consolidada todavía; ciertamente, antes de que se propusiese su empleo, con un significado científico preciso, la palabra se utilizaba en más de un significado, tanto para denotar el conflicto de intereses para cuya composición opera el proceso, como para denotar el proceso mismo; hay que reconocer también que las resistencias a la adopción del uso propuesto han sido en parte justificadas por ciertas imperfecciones o exageraciones inevitables en las primeras investigaciones en tono a la función del proceso: un fruto de tales resistencias es la incierta e impropia terminología del código, en el cual no sólo se ha evitado cuidadosamente la palabra “litis” y el concepto de ésta se indicada mediante la palabra “causa”, mucho menos propia, sino que esa misma palabra se le emplea promiscuamente, tanto para indicar el objeto (litis), como el medio de la composición (proceso); en lugar de causa se dice también a menudo “controversia”. [...] La pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio. La resistencia es la no adaptación a la subordinación de un interés ajeno, y distingue en constestación y lesión de la pretensión. La litis, por tanto, puede definirse como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida). El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso**. Volume I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. P. 27-28)

¹⁶⁹³Una litis, puesto que es un conflicto intersubjetivo de intereses, donde que para constituir una litis tiene que agregarse a cada interés la pretensión o la resistencia, que son actos jurídicos. Se presenta así también respecto de la litis un posible desdoblamiento del sujeto, en el sentido de que una puede ser la persona a la cual corresponda el interés y otra la persona a la cual remonte la pretensión o la resistencia. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso**. Volume I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. P. 29-30)

¹⁶⁹⁴Objeto 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. También el concepto del objeto de la litis, como el de los sujetos de ella, está elaborado por la teoría general del derecho. A ella, en particular, es necesario recurrir para conocer las distinciones que para la teoría procesal tiene notable importancia, entre objetos simples y complejos, muebles e inmuebles, materiales e imateriales. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso**. Volume I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. P. 30)

¹⁶⁹⁵JUNOY, Juan Picó. **El Juez y la prueba**: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal. Barcelona: Editorial Bosch, 2007.P. 121.

¹⁶⁹⁶En particular, debe tenerse presente que la litis policéntrica o estructural es la idea central desde la que se define al litigio estructural en esta tesis. Esto implica que el eje para identificar un caso estructural debe buscarse en el relato judicial de conflicto y en su fisionomía policéntrica. Lo que haré en este capítulo es mostrar que tal fisionomía puede desplegarse, y de hecho se despliega, en relación a casos en los cuales no hay una agencia estatal directamente involucrada, e incluso cuando el caso es promovido a instancias del reclamo de un derecho civil o político. En esa operación quedará expuesto, además, un asunto que entiendo crucial. Me refiero al rol de la vindicación de los valores de carácter público en el marco del litigio estructural. Los valores públicos, y en particular los valores constitucionales, son los que muy a menudo fundan las peculiares pretensiones regulativas de la decisión estructural, en cuanto reglas que trascienden a las relaciones entre las partes procesales. Por tanto, la reivindicación judicial de esos valores será un elemento necesario, aunque no suficiente, para fundar decisiones estructurales. Postulo aquí una distinción categorial particularmente relevante para comprender el rol de la

Insistiendo en la distinción, pero ahora en otros términos, *se puede afirmar que la litis funciona como la plataforma de una decisión cuya aspiración o teleología regulativa puede o bien limitarse a los actores procesales, o bien ser el asiento de una decisión que instituya una verdadera política de alcance más general*, que trascienda a dichos actores. Lo que valida el alcance de la *pretensión regulativa* es el tipo de conflicto al que se pretende dar respuestas, el que designa, en última instancia, el alcance que tendrá la regla instaurada en el caso. En los clásicos términos analíticos, la *litis* funciona como el predicado fáctico, o condición práctica de aplicabilidad, de la regla que se instaura con la decisión.¹⁶⁹⁷ (g.n)

O fenômeno conflitológico de interesses reflète o Direito como Processo junto à formação de uma ampla complexidade posta pela contingência na formação do Processo, e existem dois efeitos jurídicos que se introjetam ao regramento processual em específico: “**a)** *come criterio di scelta del modello di trattazione della causa, all’interno di una sequenza procedimentale unitaria; b)* *come criterio di determinazione dell’oggetto del processo.*”¹⁶⁹⁸

A lide aderida à colaboração reativa possibilita uma fundamentação judicial flexibilizada em sua congruência ou incongruência, bem como um grau amplo de discricionariedade fruto da criatividade da interpretação.^{1699,1700}

vindicación de los valores públicos en una litis estructural. Se trata de la distinción entre: **1)** la pretensión regulativa de una decisión, esto es, la regla que resuelve el caso o litis, cuyo alcance y validez depende del caso que se resuelve (ella expresa la semántica teleológico-normativa de la decisión); **2)** la orden regulativa de esa decisión, esto es, la regla expresada en el decisorio con carácter vinculante, cuyo fin es remedial, y con un carácter predominantemente instrumental; **3)** la efectividad regulativa, esto es, la correspondencia de la realidad con la pretensión regulativa (ella no supone el mero cumplimiento de órdenes regulativas, sino que demanda la aceptación de la pretensión regulativa por parte de los demandantes innominados, o los actores de la implementación). La explicación y los ejemplos serán abundantes para volver aprehensible la distinción propuesta, y su papel hermenéutico (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 133-134)

¹⁶⁹⁷PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 138-139.

¹⁶⁹⁸CAPONI, Remo. **Processo civile e complessità**. Disponível em <<https://www.scribd.com/document/348570805/Remo-Caponi-Processo-civile-e-complessita-pdf>> Acessado em 30/01/2018. P. 2.

¹⁶⁹⁹En otras palabras, la construcción de la litis en este caso está ordenada (teleológicamente) hacia una fundamentación arbitral de la decisión. Ello en tanto las condiciones de aplicabilidad de la regla instaurada se limitan a las condiciones del caso entre las partes. El juzgador fundamenta su decisión en normas o razones que, aunque públicas, se asientan en las limitadas circunstancias del caso bipolar. Ninguna práctica o relación que trascienda esas circunstancias, será alcanzada normativamente por la decisión. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 147)

¹⁷⁰⁰Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas o grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitavelmente um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, tece o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 42)

A compreensão hermeneutizada pela filosofia prática¹⁷⁰¹ faz com que o fenômeno conflitológico de interesses seja desvelado-desocultado dos arcabouços das incertezas temporais espaciais que formaram os fenômenos fáticos, e de tal modo junto ao processo ganham forma em suas alegações e narrativas diante de ataque e defesa que passam a formula o objeto processual junto a causa de pedir, e assim entram em relevo a confirmação dos fenômenos pelas provas que afirmam a facticidade da lide.

O processo dinamiza-se (*Processo Dinâmico*) no que diz respeito à gênese conflitual nascer na sociedade, bem como na sua estrutura e função, que são ressignificadas e aderem-se a uma Nova Onda Renovatória determinada a Ciência Processual, onde o pleito quem ganha é a sociedade e não o indivíduo em seu poço narcisístico de subjetividade potencializadas em desejos e angústias.

Devem ser compreendidos os fenômenos conflituais em uma acabando com a cisão entre fato e direito e desvelar o fenômeno conflitual para absorver as incertezas humanas em adaptação existência. É pela *colaboração reativa*, a partir da administração da justiça, onde as faculdades processuais prospectam um equilíbrio entre a liberdade e igualdade em um conflito policêntrico em que reduz o juiz a parte, e a governança processual é tida pelas partes em colaboração.

La necessità di partecipare alla formazione del giudizio del magistrato si impone quindi, non solo perché altrimenti non sarebbe tollerabile il comando dell'autorità al soccombente, *ma soprattutto perché, in ragione dell'irrelevanza ontologica e pratica di un'analisi esterna del giudizio, essa rappresenta un irrinunciabile strumento attraverso il quale è possibile (tentare di) garantire la giustizia della decisione, la quale è tanto migliore quanto più il giudicante è posto di fronte alla necessità di valutare gli opposti punti di vista nel dialogo con le parti.* Ed è quindi proprio a tal fine che, facendo tesoro di un'esperienza secolare, si richiede che il giudizio giuridico sia reso seguendo particolari forme, prevalentemente finalizzate, salvo alcune derive formalistiche, a favorire il contraddittorio delle parti, e quindi, in via mediata, la correttezza del giudizio.¹⁷⁰² (g.n)

¹⁷⁰¹Radicalizando sua linha de argumentação Gadamer chega a atribuir à hermenêutica um caráter universal prático: " A universalidade da hermenêutica dependerá do fato de o caráter teórico e transcendental da hermenêutica ficar limitado a seu valor no âmbito interno da ciência ou se ela também aponta os princípios do *sensus communis* e com isto, o modo como todo o uso científico é integrado na consciência prática. A hermenêutica sendo entendida, assim, como universal, coloca-se na vizinhança da filosofia prática, cuja renovação começou, no âmbito da tradição da filosofia transcendental, nos trabalhos de J. Ritter e sua escola. A filosofia hermenêutica está consciente disso. Uma teoria da práxis é evidentemente teoria e não práxis; mas uma teoria da práxis não é, porém, uma 'técnica' ou uma cientificização da práxis social: defender estas verdades contra o moderno conceito de ciência é uma das principais tarefas de uma filosofia hermenêutica. (STEIN, Ernildo. **Dialética e Hermenêutica**: Uma controvérsia sobre o método em Filosofia. **Síntese**, VOL.10, n.º29, 1983, Pp.21-48. P. 37)

¹⁷⁰²GRADI, Marco. **Vizi in Procedendo e Ingiustizia della Decisione**. In: Studi in Onore di Carmine Punzi. Torino: G.Giappichelli Editore, 2008. Pp.63-89. P. 66-67.

O *objeto do debate processual* é um amplo espaço de horizontes e de fusão hermenêutica, pois trata o fenômeno conflitológico de interesses, que absorvido ao jogo dialético-dialogal que é garantido pela colaboração reativa que se desenvolve com a lide e se manifesta pelas pretensões subjetivas como proteção a tutelas de Direito, acoplando o textual ao contexto junto ao fenômeno conflitual, com a proficua e intensa caminhada de chegar e dotar a coisa julgada¹⁷⁰³. Na decisão deve haver o desvelamento do fenômeno para que este exponha as verdades como horizontes da decisão¹⁷⁰⁴, superando a textura fechado do direito subjetivo como direito, elevando à nível democrático a decisão judicial pela criação do direito objetivo a partir do fenômeno conflitológico de interesses.¹⁷⁰⁵

4.4 – Entre a Estática do Objeto do Processo a Dinâmica do Objeto do Debate Processual: conclusão

A pesar de que los artífices detrás de las normas son los legisladores, no son ellos quienes inciden de manera directa sobre el derecho material de los particulares. Tan grave responsabilidad está en manos de los jueces, quienes “aplican” el Derecho abstracto para solucionar casos concretos. Sin embargo, dicha “aplicación” del Derecho no alcanzará su objetivo si es que antes no se ha delimitado cuál es el rol que debe cumplir el juez en nuestra sociedad contemporánea. ¿Debe limitarse a leer,

¹⁷⁰³SANTOS, Andres de la Oliva. **El Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil**. Madrid: Civitas, 2005. P. 86-87.

¹⁷⁰⁴SANCHES, Sydney. Objeto do processo e Objeto Litigioso do Processo. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, n.º 16, Julho de 1979.

¹⁷⁰⁵Entre las operaciones que comporta esa fijación de hechos controvertidos (objeto de la controversia) y proposición y admisión de la prueba se incluye fiscalizar, por ejemplo, el enlace de las cuestiones fácticas con los presupuestos de las acciones ejercitadas, es decir, su conexión objetiva causal; esto es, que entre la causa de pedir de la acción principal y de la acción reconvenzional exista un nexo o conexión, pero claramente también que si se obtuviera conformidad en todos los hechos y la discrepancia se redujera a cuestión o cuestiones jurídicas el propósito reductor de complejidad se habría alcanzado plenamente, lo que igualmente significa que le es por completo ajena cualquier reducción que concierna a la controversia jurídica, a la *quaestio iuris*. Esto lleva necesariamente a interrogarse sobre cuál pueda ser la base de criterio reductor de complejidad fáctica, una vez excluido el normativo y probatorio, y a defender que aquella sea de índole narrativa, tomando de modo imprescindible como punto de partida la propia estructura de los escritos de alegaciones al presentar en relato los cursos de acción (acontecimientos) y circunstancias concretas del mundo exterior y de la vida anímica humana relacionadas con hechos difíciles, con preferencia acaecidos en el pasado, esto es, propiamente extinguidos (*in facto esse*, hechos, terminados, acabados [completos, consumados, ejecutados]), pero también con hechos presentes (*in fieri*, en acto de realizarse), con hechos que con carácter previo que quizás pudieron o no haber acaecido (ante-puestos), con hechos de acaecimiento pronosticado (ante-futuros), o con hechos que ya no acaecerán (ex-futuros). (GONZÁLEZ, José Calvo. La controversia fáctica Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde un enfoque narrativista del Derecho. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, n.º 26, 2008, Valparaíso, Pp.221-256. P.227-229. P. 7-9)

interpretar y aplicar la ley o debe traer a la mesa lo que cosecha de sus propias reflexiones e ideales?¹⁷⁰⁶

O Processo é o caráter primário da estrutura jurídica moderna, abandonando-se, desta maneira, a primazia da lei. A situação jurídica subjetiva representa a *flexibilização do direito*, na medida em que transforma em leis fatos que não estão no mundo jurídico. De outro lado, o direito subjetivo, junto ao caso problema e à dinâmica processual, é reestruturado. Tanto a primeira como a segunda acepção do objeto do processo expressam a criação do direito, tanto textual como interpretativa em seu âmago. Essa é a correspondência necessária para que o direito acompanhe o ritmo de vida, bem como para que proporcione as bases mínimas a se viver em sociedade, por meio da adaptação existencial.

A Lei, no seu esforço para encontrar respostas prontas pelo mundo jurídico, faz do processo um simples caso de existência ou inexistência, deixando de lado o potencial do processo ao trazer o direito à práxis. A Lei denota um processo em que há partes, mas não há participação e decisão encontra limites individualísticos, cujo fim é somente para neutralizar os fenômenos considerados fatos jurídicos, ignorando qualquer outro tipo de fato cuja qualidade não seja preexistente ao processo. O caráter primário do direito fica muito nítido em exemplos práticos, onde o *legislativo*, frente a forças políticas, não é capaz de criar o direito (conforme visto, em matéria de ampla repercussão política e social, marcadas por amplo lobby político; ou, também, matérias cujo litigante é economicamente mais forte que o outro litigante),

A discussão política no judiciário pode ser muito mais vantajosa, pois o juiz pode administrar a concorrência de interesses nos termos em que são fixados pela legislação ou representativa em juízo. Isto pode explicar por que certas organizações de interesses (ambientais, de consumidores, ético-religiosas, etc.), que tratam em tutelar aquilo que é decantado como valor negocial da política - e, são eles portanto pouco propensos a tratativa negocial da política representativa - preferem a via judiciária em uma democracia participativa do que aquela parlamentar, a decisão judicial assim se encontra acima da lei.¹⁷⁰⁷

Preferindo usar o direito perante o Poder Judiciário, em vez de lutar para produzi-lo através dos métodos da democracia representativa: "*os representados junto ao contrato social, frente a democratização da democracia encontram mais confiança no Judiciário não eletivo (pelos moldes tradicionais, mas aderidos pela Constituição de legitimidade democrática na*

¹⁷⁰⁶POSNER, Richard A. El Rol del Juez en el Siglo XXI. **Themis – Revista de Derecho**, Perú, Año XXXV, n.º 58, 2010. P. 99.

¹⁷⁰⁷NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 151.

atribuição de suas funções) e não na câmara". É a afirmação incondicional de um direito ou de interesse aqueles os quais se miram, confrontando-se, inevitavelmente, em uma arena política. A jurisprudência constitucional está cheia de censuras destinadas a resolver o equilíbrio de interesses que o legislador há traçou por meio de suas atividades - às vezes, desajeitadamente, às vezes, de modo muito rígido, às vezes, sem considerar outros interesses que também estão envolvidos.^{1708,1709}

Assim o Processo hodierno propulsor de uma Onda Renovatória da Ciência Processual tem na colaboração reativa de cidadãos ativos¹⁷¹⁰ - aderida em um sistema dialético-dialogal - junto ao objeto do debate processual, a possibilidade do desvelamento do fenômeno conflitual. A lide aderida ao princípio dispositivo constitucionalizado juntamente com o princípio do contraditório acaba por acertar uma profícua dinamicidade Processual, respondendo à democratização da democracia¹⁷¹¹ com a governança das partes ao processo, disseminando a propulsão de uma compreensão hermenêutica do fenômeno posto à adaptação existência.

¹⁷⁰⁸Il giudice può amministrare la concorrenza degli interessi nei termini in cui essi siano fissati dalla legge o rappresentati nel giudizio, il legislatore invece deve prefigurarsi – anche stimolato dal dibattito parlamentare – tutti gli interessi che possono essere incisi dal riconoscimento legislativo di un determinato diritto, e provvedere a regolarne il concorso. Questo può spiegare perché certe organizzazioni d’interessi (ambientaliste, dei consumatori, etico-religiose ecc.), che hanno in cura quelli che loro decantano come «valori non negoziabili»- e sono perciò poco propense alla trattativa e alla negoziazione politica - preferiscono la via giudiziaria a quella parlamentare, la sentenza piuttosto che la legge. Preferiscono usare il diritto davanti agli organi giudiziari, piuttosto che battersi per produrlo attraverso i metodi della democrazia rappresentativa: «essi sembrano avere più fiducia in un apparato giudiziario non elettivo piuttosto che nel Parlamento». È l’affermazione incondizionata di un diritto o di un interesse quello cui mirano, non il confronto con gli altri interessi, inevitabile in un’arena politica. La giurisprudenza costituzionale è piena di censure rivolte a bilanciamenti di interessi che il legislatore ha tracciato – talvolta maldestramente, talvolta in modo troppo rigido, talvolta senza considerare altri interessi che pure risultano coinvolti. (BIN, Roberto. **Il fatto nel diritto costituzionale** Disponível em: < <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Catanzaro2014.pdf> > Acessado em: 30/01/2018. P. 30 e segs. P. 9-12)

¹⁷⁰⁹A carga excessiva de trabalho dos Tribunais pode, amiúde, traduzir-se de fato, num declínio da qualidade dos procedimentos e das decisões judiciais. Ademais, quando a questão levada a juízo concerne não já a relações jurídicas tradicionais inter-individuais, senão a mais vastos problemas sociais – como é o caso de certos pleitos que, frequentemente, envolvem inteiros grupos e categorias, em matéria de trabalho, assistência e previdência social, direitos civis, de tutela dos consumidores e meio ambientes – então, também, a figura tradicional (por mais ou menos ilusória que seja) do juiz como mero, passivo, neutro técnico do direito, fica completamente alterada. A administração surge, assim, ela mesma, como outro ramo de government e uma certa politização do juiz e da justiça resulta inevitável, como será ineludível, em cada sociedade democrática, a instância de responsabilização do juiz desse modo politizado. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Volume I Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 389)

¹⁷¹⁰La proceduralità è peraltro divenuta il carattere primario delle strutture giuridiche della modernità, che si connotano per un’asserita neutralità, volta al fine di non conculcare la libertà degli individui. Tale carattere investe in particolare la sfera della normazione che, in molti campi, definisce solo forme di proceduralizzazione atte a garantire la tutela della sostanza dei diritti o interessi disciplinati. La forma giuridica moderna però non è neutra, o meglio, nel suo sforzo di organizzare l’incontro dei soggetti senza prender parte, esprime il fine ideologicamente indirizzato di neutralizzare i conflitti e di rappresentare un assetto delle relazioni intersoggettive che consenta il dispiegamento delle capacità individuali. (ROSSI, Stefano. **Quando il giudice si fa nomoteta: Influssi e riflessi sulla normazione**. Disponível em < <https://aisberg.unibg.it/handle/10446/30760?mode=full> > Acessado em 31/08/2018. P.1-2)

¹⁷¹¹Lo que necesitamos es una hegemonía de valores democráticos y esto requiere una multiplicación de prácticas democráticas, institucionalizándolas en relaciones sociales todavía más variadas, de modo que pueda formarse una multiplicidad de posiciones subjetivas a través de una matriz democrática. De esta manera - y no tratando de

Ocorre uma confluência na dinamicidade processual que é adquirida pela reflexão e pelos anseios existenciais que ganham contornos pela democracia participativa formadora de cidadãos ativos e construtores do Processo. O Processo Civil é tido como vocação dos nossos tempos, redimensionando a politização do direito que antes era atribuído ao Estado-Juiz e hoje é atribuído à governança das partes, passa assim a ser o atual cenário do centro de debates políticos importantes e de grande relevo social.¹⁷¹²

proporcionarle un fundamento racional- no sólo estaremos en condiciones de defender la democracia, sino también de profundizarla. Esa hegemonía nunca será completa y, en cualquier caso, no es deseable que una sociedad sea gobernada por una única lógica democrática. Las relaciones de autoridad y de poder no pueden desaparecer por completo y es importante abandonar el mito de una sociedad transparente, reconciliada consigo misma, pues esta clase de fantasía conduce al totalitarismo. Un proyecto de democracia radical y plural, por el contrario, requiere la existencia de multiplicidad, de pluralidad y de conflicto, y ve en ellos la razón de ser de la política (MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político: Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical.** Barcelona: Paidós. P. 39)

¹⁷¹²Eppure la critica capograssiana alla potenza mitopoietica della prassi politica non scivola mai in una diffidenza ingenua e pericolosa verso la politica in quanto tale né insegue l'utopia di una purezza della volontà. La prassi politica è anzi, nelle stesse Considerazioni sullo Stato, riaffermata come necessaria e, sotto certi profili, aristotelicamente portatrice di virtù. Significativa, in tal senso, è quella sottile fenomenologia dell'esperienza politica in cui il "gran pregio" di questa è colto dal filosofo sulmonese proprio nel fatto di "dividersi in forze contrastanti, nel loro aspro agitarsi". Le volontà particolari nel perseguire il potere pur sempre "contrastano tra di loro" per "far prevalere il loro interesse, far vincere certi fini o valori". La dialettica diviene qui cifra di un'esperienza politica in cui l'armonia può generarsi proprio in grazia del disordine. La grandezza dello Stato moderno sta proprio in ciò, nel pensarsi come unum e pluribus, come plurale per antonomasia. "In questo senso è stata profonda la intuizione delle costituzioni moderne, che sono imperniate sulla libertà politica, e la pluralità dei partiti; quasi a garantire la molteplicità integrale e la varietà contrastante in cui si rompe per la sua stessa natura l'attività politica". Dove la volontà politica non smarrisce il suo contatto con la vita, si legge nel, parimenti postumo, Frammento sullo Stato, "si costruiscono ordinamenti ispirati proprio al criterio di fare avvicinare al potere le classi dirigenti, di dare funzione e azione regolare e legittima anche alle opposizioni e stabilire meccanismi per cui la varietà di concezioni e quindi di direzioni che sono nella vita possano manifestarsi e farsi valere". Grazie ai dispositivi costituzionali intesi a regolare e garantire la struttura dialettica della politica, lo Stato diviene così momento in cui l'azione acquista consapevolezza di sé, del suo slancio, delle sue vocazioni. E così trasforma la produzione retorica di miti e finzioni in attività consapevole, resiste alle spinte selvagge individuali e collettive e si fa opera di ragione e riflessione. Questa garanzia dell'unità nella pluralità - come si coglie nitidamente in un altro scritto postumo presentato in questo volume: L'esperienza in concreto - sembra esprimere, attraverso e al di là della vicenda storica degli stati costituzionali, la verità dell'esperienza politica e forse dell'esperienza sociale tout court. Il problema delle società politiche, infatti, colto nella sua essenza, è di "far vivere insieme le vite consapevolmente" ovvero di trasformare la fattualità del trovarsi insieme "in un vero e consapevole vivere insieme". Consapevolezza e verità, dunque: a dispetto del preteso realismo delle antropologie politiche di stampo hobbesiano, il problema politico non si risolve col solo impedire la guerra e mettere a tacere le pulsioni particolari con la minaccia della spada. Certo le società politiche nascono anche per necessità di difesa, dai fenomeni naturali come dall'umana brama di possedere. Ma il pericolo non è che l'occasione che mette in moto il processo della riflessione. L'eccitazione del pericolo trasforma lo sforzo di difesa in uno sforzo di comune meditazione verso l'edificazione di una "comunità vivente". La volontà comune, dunque, non nasce solo dal contratto e dal computo delle teste. La riflessione è "vera e propria meditazione" "ad alta voce", interrogazione profonda che le forze della vita fanno su se stesse, cercando di seguire la loro stessa essenza, di rintracciare le profonde radici della vita. Con ciò l'antropologia polemologica non viene negata ma superata. "Il processo della costruzione delle società politiche avviene sempre nel pieno della lotta, delle opinioni, delle idee, delle tendenze, delle dispute, nelle divergenze, nella divisione e nello scontro delle volontà". Ma proprio il "continuo negarsi e combinarsi, criticarsi e accordarsi" è il luogo fondativo dell'unione di vita. La dialettica degli argomenti è sì vissuta come un combattimento per la vittoria eppure in essa nasce, quasi senza che nessuno se ne accorga, nella interiorità delle forze, un comune pensiero. Questo profondo, quasi invisibile, sodalizio tra i discordi trova il suo fondamento in ciò: che "questo comune pensare è prima di tutto e insieme un comune ricercare sotto la forma della disputa del contrasto e della lotta, e insieme un comune accettare un comune accordarsi sopra un minimo o sopra un massimo di cose accettate e consentite, e un comune sforzo per realizzarlo e tradurlo in effettiva realtà". La scelta del corsivo

È nell'incedere dialettico del processo che *si manifesta il diritto dell'oggetto controverso*, un diritto che è la *resultante dell'applicazione al caso di una norma giuridica*, la quale, offrendo una valutazione sullo stesso, ne permette una risoluzione giuridica. La dialettica processual *resulta, pertanto, fonte di diritto*; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionale anche, e soprattutto, alla determinazione della norma giuridica, senza la quale non può predicarsi un giudizio.¹⁷¹³ (g.n)

A dialética vem a incidir diretamente no direito, por meio da perspectiva processual, que “*secondo cui momento specifico ed irrinunciabile del diritto è la controversia giudiziale, che si manifesta come fenômeno ontologicamente*”,¹⁷¹⁴ que exaspera no resultado de sua aplicação e interpretação no/do caso concreto, e ainda permitindo com a decisão judicial prolatada a sua resolução jurídica que torna-se fonte do direito, assim criando norma¹⁷¹⁵, portanto, faz-se assim com que ocorra, o “*superamento critico di una concezione normocentrica, la quale conduce a considerare la scienza giuridica come técnica di produzione di norme.*”^{1716, 1717}

O objeto do debate processual apresenta-se como redução metafísica entre as questões de fato e de direito e é a desconstrução do objeto do processo por via da interpretação, pois debater é construir: a hermenêutica fenomenológica com o debate constroem o direito, assim o

da parte di chi scrive è intesa a rimarcare l'importanza e attualità della fenomenologia capograssiana del discorso politico che, segnatamente nel passo appena citato, si mostra consonante con la coeva riflessione di Guido Calogero su Logo e dialogo, con alcune intuizioni accennate nella Teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti e, forse, ancor più con la successiva meditazione della Diskursethik di marca francofortese il cui punto forte è proprio l'individuazione di un orizzonte consensuale come implicazione logico-pragmatica della stessa discussione. In Capograssi come nei sostenitori di una fondazione dei valori sui presupposti del discorso, il comune pensare sembra implicare il reciproco riconoscimento tra i loquenti, l'impegno alla maggiore estensione possibile del discorso e il comune sforzo al reperimento della miglior soluzione del problema in oggetto: la disputa, dunque, non va occultata né messa a tacere, ma ritrovata nella sua vera essenza, resa fedele a se stessa, alla sua logica, all'etica che le è sottesa. (PUNZI, Antonio. **Dialettica Persuasione Verità**: La pratica della ragione giuridica negli scritti postumi di Giuseppe Capograssi. Disponível em <https://www.academia.edu/6095136/DIALETTICA_DELLESPERIENZA_GIURIDICA> Acessado em: 31/01/2018. P.836-838)

¹⁷¹³MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo**: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. P. 91.

¹⁷¹⁴MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo**: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. P. 16.

¹⁷¹⁵MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo**: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. P. 91.

¹⁷¹⁶MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo**: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. P. 15.

¹⁷¹⁷Dimensione scientifica, dimensione assiologica e dimensione ordinamentale rappresentano, quindi, elementi necessari dell'attività ermeneutica del giudice, il quale, al pari del potere politico, esprime una «triplice legittimazione» del potere teorizzata in dottrina: «dal basso» (democratica, seppur in forma mediata) e «dall'alto» (costituzionale e scientifica). (PENASA, Simone. **Giudice “Erocle” o giudice “Sisifo”**: Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati. Disponível em <<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/penasa.pdf>> Acessado em: 31/01/2018. P. 11-14)

Processo passa a ser a gênese crítica do direito, aquela que pelo desvelamento do fenômeno em um jogo dialético-dialogal possibilitado pela dinâmica processual vem a construir e possibilitar novos horizontes ao direito.¹⁷¹⁸

¹⁷¹⁸«Construir» es fabricar, edificar, crear algo dotado de unidad, separado y distinto de los constructores. Quienes construyen conjuntamente algo resuelven problemas de dos tipos. Por un lado, problemas de conocimiento y, por otro, problemas de coordinación de conductas (construir implica hacer, no basta con saber). Pues bien, transitar de «debatir es diagnosticar» a «debatir es construir» supone dar un paso más en el nivel de cooperación entre los sujetos que debaten. ¿En qué consiste este paso? Las reglas que rigen el proceso de este tipo de debate son prácticamente las mismas que las del anterior. Se trata también de un debate cooperativo que persigue esclarecer las conciencias de los participantes, su conocimiento reflexivo. Aquí, además de los principios de productividad (el debate debe ser productivo, provechoso, fructífero, esclarecedor, etc.) y de cooperación (el debate debe ser un juego de ganar-ganar, no de ganar-perder), rige también el principio de consenso. ¿Qué entraña la incorporación de este nuevo principio? Más o menos lo siguiente: La legitimidad que se reconocen recíprocamente los interlocutores es de tal magnitud que todos ellos aceptan que no alcanzar el consenso en torno a una respuesta correcta significa para todos ellos que no han resuelto el problema. En tanto no hay consenso, avenencia, no hay solución del problema. Por ello, respecto de este tipo de debate suele decirse que el consenso es constitutivo de la solución del problema. La solución es, y solo puede ser, una «obra» de todos los interlocutores. Naturalmente si uno analiza este tipo de debate en términos de poder, el resultado que obtiene es realmente muy poco atractivo. En efecto, supone reconocer un «derecho de veto» a cada participante, lo que, al final, puede acabar resultando totalmente despótico e inoperante. Por ello, y porque en términos sociales los elementos de poder son ineliminables, suele decirse que no es recomendable seguir este esquema de debate en el diseño de instituciones sociales. Ahora bien, de ahí no se sigue que no haya contextos en los que esta forma de debate tenga pleno sentido. En efecto, antes dije a propósito del otro tipo de debate cooperativo («debatir es diagnosticar») que entender sus reglas en términos de derechos y deberes de los participantes era un error porque en el contexto de ese debate los sujetos no se oponen los unos a los otros; entre ellos hay una unidad de fines que hacen necesaria la apelación a derechos y deberes. Lo mismo ocurre aquí con la cuestión del poder. No tiene sentido decir que cada interlocutor reconoce un poder (derecho) de veto a los otros interlocutores. La situación es otra, los interlocutores mantienen entre sí tal grado de «necesidad recíproca» (se «necesitan» tanto), que para cada uno de ellos el hecho de que el otro no acepte la solución propuesta constituye una razón para creer que, en realidad, la propuesta no constituye realmente una solución. No olvidemos que el reconocimiento de la legitimidad depende del reconocimiento, por un lado, de competencia (capacidad) para contribuir a la solución del problema y, por otro, de actitud cooperativa. Pues bien, el reconocimiento máximo de legitimidad entre interlocutores lleva a reconocerse recíprocamente no un derecho de veto (pues en este tipo de debate no hay espacio para ese derecho), sino que si no hay consenso, no hay solución del problema. La metáfora constructiva expresa bien que la solución al problema difícil no es una cuestión de mero esclarecimiento de las conciencias individuales, sino de crear algo distinto y separado de las mismas. Aunque este tipo de debate se presta mucho a la idealización, aquí interesa sobre todo situarlo en contextos reales y cotidianos. Y para ello es fundamental darse cuenta de que cualquier posibilidad de alcanzar tan alto grado de cooperación discursiva pende más sobre la identidad (la relación) de los sujetos que sobre la naturaleza del problema a resolver. Explica más la peculiar necesidad (o, incluso, afecto) entre los interlocutores que la dificultad del problema que se trata de resolver. Es, en este sentido, una cooperación más actor al que objetual. Pongamos un ejemplo bien real y cotidiano de esta forma de debatir. Imaginemos una pareja bien avenida que tiene un hijo en edad de ser escolarizado. Los padres tienen diversas opciones y ambos piensan que, en los tiempos que corren, es difícil saber qué es lo mejor para su hijo. A pesar de que no se trata de una cuestión controvertida (porque ambos se mantienen abiertos) ocurre que, en principio, tienen preferencias diferentes. Los dos se reconocen mutuamente plena capacidad para evaluar la situación y plena disposición a cooperar para determinar qué es lo mejor para su hijo. Ninguno de los dos piensa que la cuestión pueda abordarse en términos de un intercambio y, por tanto, desde el principio excluyen la posibilidad de un acuerdo del siguiente tipo: «Dado que no opinamos igual, los dos cedemos en algo: tú eliges el colegio y yo las actividades extraescolares». ¿Qué alternativas tienen? La mejor alternativa es entablar un diálogo cooperativo orientado no solo a esclarecer la conciencia de cada uno de ellos respecto de qué es lo mejor para su hijo, sino también a fraguar un consenso. Para que ello sea posible no se trata —como ya se ha dicho— de que ambos se otorguen recíprocamente un derecho de veto. Se trata, más bien, de que cada uno reconozca en su interlocutor un sujeto con tanta capacidad y actitud como las propias (tanta legitimidad como a uno mismo) de forma que cada uno pueda pensar que si el otro no ve clara la solución del problema es que, en realidad, la solución del problema no está clara. En estas condiciones, todo lo que no sea genuino consenso entre los participantes es pura pérdida para todos ellos. Esta misma idea de pérdida para todos es la que está referida tras la noción, por ejemplo, de «consenso constitucional». En un proceso constituyente, siempre que una «facción política» abandona el «consenso constitucional» puede hablarse de

O *objeto do debate processual* apregoado a interpretação *Gadameriana* engloba-se em uma circular hermenêutica posta a compreensão dialética-dialogal em um jogo de perguntas e resposta; então, o ponto de partida de qualquer interpretação não pode isentar-se do texto, o mesmo texto, deve ser interpretado e interrogado para se excluir as filosofias da consciência das partes envolvidas junto ao jogo Processual e específica de ação ou o máximo de decisão correspondente a significância desveladora do contexto dimanado pelo fenômeno conflitológico de interesses.¹⁷¹⁹

A lide, desse modo, põe em dúvida a formação do mérito (*thema decidendum*) como objeto litigioso e o direito subjetivo de um contexto não absorvido pelos textos legais, operando o fenômeno conflitológico de interesses, pois o direito subjetivo amplia-se em situações jurídicas subjetivas reprodutoras dos contextos ao fenômeno conflitual. Essa visão da situação jurídica subjetiva gera grande abstração textual, rompendo o formalismo exegético e procurando delinear-se ao conflito para que se chegue ao fim do processo e se desvele a angústia produzida pelo fenômeno através do direito objetivo, que será desvelado na decisão judicial e prosseguirá pelo tempo em sua estratégia central – formando a coisa julgada.

Esta desconstrução do direito também pode ser constatada ante o próprio sistema jurídico Estatal. O primado da Constituição sobre o Estado abre caminho para a tese pluralista das ordens jurídicas oficiais e ao problema de seu mútuo reconhecimento e de sua interconexão instável e complexa com referência a casos concretos.¹⁷²⁰

A "dialética processual" é muito mais do que permitir a todos, democraticamente, a possibilidade de dizer o seu ou - ainda mais importante - permitindo o exercício do direito de defesa: é um elo para a base da ação humana e a distinção entre praxis e poiesis; como dizer: a lei de produzir não é a lei do ser.¹⁷²¹

fracaso constitucional. De la noción de fracaso constitucional no se sigue un deber de las otras facciones políticas de hacer concesiones para que la que se ha retirado regrese al consenso (eso sería reconocerle un derecho de veto), sino simplemente la idea de que obien la constitución es obra de todos, o bien todos pierden en algún sentido. (REGLA, Josep Aguiló. **Cuatro modos de debatir**. In: Ministerio de Ciencia y Tecnología Español. Argumentación y constitucionalismo. P. 220-222)

¹⁷¹⁹SCALISI, Vincenzo. Per una Ermeneutica Giuridica Veritativa Orientata a Giustizia. **Rivista di Diritto Civile**, Milani, 2014, v.60, n.º 6, Pp1259-1271. P. 1251.

¹⁷²⁰Questa destrutturazione del diritto si può constatare anche all'interno stesso dell'ordinamento giuridico statale. Il primato della costituzione sullo Stato apre la strada alla tesi pluralistica degli ordini giuridici ufficiali e al problema del loro mutuo riconoscimento e della loro interconnessione instabile e complessa in riferimento ai casi concreti. (VIOLA, Francesco Viola. **Il futuro del diritto Lectio magistralis di commiato**. Aula Magna, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, 26 novembre 2012. Disponível em < http://www1.unipa.it/viola/Il_futuro_del_diritto.pdf >. Acessado em 31/01/2018. P. 20)

¹⁷²¹Il giudizio prudente è radicato su una "capacità-di-essere" del giudice: essere buon giudice è molto più che "sapere": «non vogliamo infatti sapere cos'è la giustizia, ma essere giusti». Insistere sulle radici non meramente logiche della decisione (e, conseguentemente della motivazione) non vuol dire, ovviamente, negare rilevanza alla logica e alla necessità di una corretta argomentazione, ma significa evidenziare il fatto che il "giudicare" è attività composita, che non si identifica né si esaurisce con la motivazione: «le virtù pratiche dell'uomo» – afferma

A governança processual adere à configuração da dialeticidade uma colaboração reativa assegurada pelo debate que se manifesta com um jogo dialético-dialogal, jogo que o juiz não sobrepõe à soberania absoluta, ainda mais no tocante à função processual, manifestada com a administração da justiça que lhe põe ao pé de igualdade com as partes, superando a visão clássica do litígio, assim *condicionando* sua vontade à colaboração reativa das partes.

Com a soberania do Estado-Juiz em um Estado Ativo-Responsivo, o mesmo adere a *auctoritas* e a *potestas* no tocante a Jurisdição, uma apresenta-se com a função jurisdicional, pois não se exime de julgar, e assim não perde o poder social da *auctoritas*, mas para chegar ao uso de tal atribuição deve-se usar da *potestas*, o poder reconhecido pelo Estado, junto a administração da justiça, partilhando as faculdades – *potestas* – com as partes envolvidas no fenômeno conflitológico de interesses¹⁷²², que sobrepassa o interesse privado, sem esquecer da devida tutela do direito.

O Processo contemporâneo deve corresponder aos princípios constitucionais dos ordenamentos democráticos modernos (democratização da democracia): as partes são sempre tidas como indispensáveis. O princípio fundamental do Processo, a sua força motriz, a sua garantia suprema, é o princípio do contraditório constitucionalizado. *Audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari*. A defesa é direito inviolável em todo estado e grau do procedimento (Art. 24 da Constituição); o juiz não pode decidir sobre qualquer demanda, se a parte contra a qual ela foi proposta não estiver regularmente citada e não se fez comparecer (art. 101 do CPC).¹⁷²³

Em todos os doutrinadores citados, observa-se o exame do *objeto do debate* à luz das *questões* que o processo apresenta. O contraditório exsurge, nesse contexto, como um princípio do processo diretamente às referidas questões (“*audiatur et altera pars*” entendido como *uma colaboração de ambas as partes* cuja oposição de interesses se desenvolve justamente mediante o mencionado *contraditório*. Nesse sentido, sua ênfase recai tanto na *constituição* da relação processual (com a citação do réu), quanto

Gadamer – «sono fundamentalmente strutture dell’essere e ciò significa che queste ultime hanno la loro dimora nell’essere: nell’essere-giusto e non nel mero sapere». Significa, soprattutto, acquistare consapevolezza del fatto che il “giudicare”, proprio in quanto attività non “matematica”, non è attività che possa compiersi in solitudine. (RACHELI, Stefano. Meditazioni in tema di motivazione. In: **Cultura e Diritti**. Pisa: Pisa University Press, 2013. P. 60-61)

¹⁷²²CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 84-85.

¹⁷²³Em toda vida pública, no moderno Estado de Direito, o cidadão (não mais tido como mero indivíduo) não é subditus abandonado à mercê do príncipe legibus solutus, mas é um sujeito autônomo de direitos e deveres, cuja autonomia está garantida pela lei (supera também na atualidade o legalismo exegético pelo legalismo constitucional erigido pela norma) nos confrontos com a mesma autoridade (o direito público institui-se em um arcabouço de responsabilidades penais e civis junto ao Estado-Juiz). É, quanto mais o ordenamento Constitucional progride rumo /á democracia, tanto mais estes recíprocos direitos e deveres do cidadão (cidadão ativo) em relação ao Estado estão definidos e racionalizados (a racionalidade ética adere-se na atualidade ao sistema jurídico incidindo ao Código de Processo Civil de 2015). (CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 83-84)

seu desenvolvimento mediante a dedução de provas e introdução de novos elementos de cognição. O contraditório faz com que cada uma dessas atividades seja dirigida ao juiz e, ao mesmo tempo, para a outra parte. A observação acerca do contraditório se mostra relevante nesse contexto, eis que assimilado como um princípio processual estreitamente ligado ao direito de ação e ao direito de defesa. Esse engloba também o direito de participação e mesmo de paridade das partes no litígio, de forma que a sua observância constitui um dos pressupostos de uma decisão *justa*, porque fruto do diálogo trilateral entre partes e juiz. No âmbito da doutrina de cariz *chiovendiana* (e que inspirou as regras do CPC/39 e CPC/73), ***o contraditório constitui-se em um elemento de formação das questões no processo, já que por ele se formam os pontos duvidosos; destarte, essa noção de contraditório é desligada da atividade decisória do juiz, possibilitando a criação de algum vácuo entre o que as partes apresentam no processo e aquilo que o que o juiz enxerga em sua decisão.***¹⁷²⁴ (g.n)

O princípio *contraditório* constitucionalizado correlacionado com o *dispositivo* acabam por evitar com que, as “*Sentenças e decisões vêm-se, por ai, pejudadas de opiniões alheias, nacionais, e estrangeiras, ao mais das vês, sem relação alguma com o objeto do litígio e cópia de acórdão, de uma jurisprudência falham que induz a erros.*”¹⁷²⁵ A filosofia da consciência¹⁷²⁶ e o senso comum devem ser eliminados das decisões judiciais.

All'interno di questa prospettiva il processo é il luogo di cui scaturisce la vera legge, é il processo che rischiarà, rivere completa trasforma l'opera del legislatore. Al caso concreto deve essere accostata la legge concreta soltanto per mezzo di questo connubio la controversia si risolve. Per riprendere l'incedere capograssiano, è questa duplice trasformazione, che avviene con il determinante contributo delle parti, che permette di giungere al momento della valutazione, del giudizio che pone fine alla controversia, Il giudizio è, quindi, ancorato sia al caso concreto, che alla legge concreta; in questo senso è attuazione giusta di giustizia. Giusta perché giusta non solo rapportata ai, ma anche emersa dai, concreti avvenimenti. Capograssi sottolinea: “il processo è processo: appunto un proedere per arrivare a questa trasformazione, di qualcosa che più non esiste a farla esistere di nuovo, e di una legge che é generale, e farla diventare concreta. ***Il processo è, quindi, trasformazione di una legge astratta i una regola concreta***, atto cioè a produrre giustizia, una giusta giustizia. Va altresí specificato omo, se l'attore di questa trasformazione è, come rivela Capograssi, il giudice (è quest'ultimo, infatti, che pone la sentenza), il processo di trasformazione stesso è impensabile senza il concorso attivo delle parti queste, infatti, ***per mezzo del contraddittorio***, offrono gli elementi per innescare la trasformazione della legge generale nella specifica legge del caso concreto. Sicché, se, per un verso, ogni caso concreto ritrova nel processo la propria legge, per altro la specifica legge non sarà il frutto di un atto di volontà (ad esempio della volontà del legislatore oppure della volontà del giudice, il quale, in questa ipotesi, rivertirebbe il ruolo di legislatore del caso particolare), bensí di una ricerca condotta nel processo ed informata dalla autonomia. La specifica legge del caso concreto, che è poi l'unica legge che valuta e regola concretamente il caso in oggetto, {e la risultante del processo di partecipazione

¹⁷²⁴WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito) P. 153-154.

¹⁷²⁵SOARES, José de Souza. **O Novo Código de Processo Civil (Comentado)**. Rio de Janeiro: Grafica Labor, 1940. P. VII.

¹⁷²⁶PALMER, Richard E. **¿Qué es la Hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002. P. 205-206.

delle parti alla risoluzione della controversia e non si pone, quindi, come eteronoma sovrapposizione di una autorità normativa esterna.¹⁷²⁷ (g.n)

A correlação entre o princípio dispositivo e o princípio contraditório, ambos unidos à Constitucionalização do Direito acabam a possibilitar a formação (mérito) e o desenvolvimento (lide) do Processo com um aspecto reflexivo posto as partes em colaboração reativa, e assim exercendo as parte um amplo jogo dialético-dialogal quanto ao objeto litigioso, devendo acertar-se em uma fundamentação da decisão apregoada a governabilidade das partes diante da hibridação de suas funções entre liberdade e igualdade processual adquiridas pela cidadania ativa. Essa mutabilidade fundamentada na decisão opera-se via princípio do *iura novit curia*¹⁷²⁸ introjetando este a flexibilização da congruência de um lado e, de outro, a

¹⁷²⁷MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo**: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. P. 113.

¹⁷²⁸La determinación precisa del objeto del proceso guarda estrechísima relación con la regla *iura novit curia*. Es de decisiva importancia establecer si el tribunal ha aplicado las facultades que le atribuye, dicha regla o si, por el contrario, ha resuelto sin respetar la fijación por las partes del objeto procesal y, en concreto, de la causa de pedir. (SANTOS, Andres de la Oliva. **El Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil**. Madrid: Civitas, 2005. P. 58)

incongruência.^{1729,1730,1731}. Resulta assim, que o fenômeno conflitual de interesses em um amplo exercício reflexivo posto as partes acaba por possibilitar com o desvelamento do fenômeno a criação do direito, pois a gênese do Processo é o fenômeno e este via compreensão hermenêutica passa a ser direito voltado a adaptação existencial.

O objeto em disputa não seria mais do que um problema apresentado com a *causa petendi* pelo autor e pelas *alegações de defesa* do réu, essa dialética produzida com o *debate processual* dimensiona-se a uma compreensão hermenêutica do juiz como um contexto fenomenológico que deve ser desvelado sem o apego das artificialidades legais, pois o fenômeno conflitológico de interesses apresenta-se como uma via possibilitadora de diversos *horizontes*¹⁷³² que são por hora desconstruídos ou construídos em seu desocultar em uma arena

¹⁷²⁹Ce serait un conflit assez semblable à une dispute théologique ou philosophique, où les adversaires s'échauffent et luttent ardemment pour faire triompher leur opinion, et où les auditeurs se prononcent pour ou contre. Sans l'appel en cause de l'adversaire, c'est-à-dire si les deux parties étaient d'accord pour commencer la lutte et se trouvaient d'elles-mêmes et de plein gré en présence, le procès perdrait son caractère de contestation, l'objet en litige ne serait plus qu'un enjeu. A l'instruction corres pondrait l'habile manoeuvre des joueurs, leur stratégie et leurs calculs; au jugement, l'opinion des assistants sur les coups douteux et sur le succès définitif; à l'exécution, le moment où le joueur heureux prend possession du gain. Mais un procès n'est point une simple dispute où des mots font triompher des doctrines. Il y a en litige un objet plus matériel, plus actuel. Aussi l'exécution est-elle une partie essentielle de toute procédure. Un procès n'est pas non plus un simple jeu, car il s'agit de réalités et non de fictions. Les parties ne luttent pas pour leur plaisir, elles ne combattent pas de bon accord: elles sont en différend, elles contestent. Elles se disputent les choses auxquelles l'homme s'attache ici-bas. L'un réclame ce qu'il n'a point, l'autre résiste à cette prétention: le défendeur ne vient pas de plein gré engager la lutte. Il faut par conséquent que la demande soit formée et que l'adversaire soit appelé à repousser cette demande. Un procès est donc une guerre privée. C'est une guerre qui ne finit pas en une seule bataille, mais dans laquelle on avance peu à peu. C'est ce qu'exprime l'étymologie des mots procès et procédure. Guerre privée, les combattants ne peuvent employer de violences ni de voies de fait : c'est au juge, dépositaire de la puissance publique, qu'il appartient de mettre la force matérielle à la disposition du vainqueur : la conquête du droit ne devant se faire que par des raisons et des preuves, que par les voies de droit. (BORDEAUX, Raymond **Philosophie de la Procédure Civile**. Paris: Evréux, 1857. P. 12-15)

¹⁷³⁰Discorso che solo in parte è da ritenersi coincidente con questo (restando, di principio, su altro piano), è invece quello vertente sulla verifica dell'esistenza di poteri attribuiti alla parte rispetto alla questione di diritto i quali, eventualmente, risultano a questa riservati proprio dall'operatività del p. della domanda. In altre parole: l'estensione dei poteri della parte rispetto alla questione di diritto può essere influenzata dalla ricostruzione che si accoglie dell'oggetto della domanda (e, così, del processo); non è vero, però, che il disconoscimento di essi (in tutto o in parte), importi automaticamente l'attribuzione del corrispondente potere al giudice. Tale attribuzione, dunque, deve trovare fonte in qualche norma dell'ordinamento. Così, ritenere il diritto di proprietà appartenente alla categoria dei diritti autodeterminati, fa escludere che il fatto costitutivo cooperi alla delimitazione dell'oggetto del processo (i.e.: alla parte non è attribuito in forza del p. della – domanda – il potere di fissare vincolativamente i fatti su cui il giudice avrà il dovere di pronunciarsi); cionondimeno, detta esclusione non implica che al giudice sia attribuito il potere speculare di allegare tali fatti. (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 20)

¹⁷³¹JUNOY, Juan Picó. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. 1ª ed. València: Tirant lo Blanch, 2000.

¹⁷³²Per un verso si tratta di un ampliamento di orizzonti che rispecchia uno dei tratti salienti dell'ermeneutica filosofica novecentesca, la quale si riconosce non come un metodo per interpretare un testo o, più in generale, come un insieme di dottrine, quanto piuttosto come uno stile di interrogazione filosofica, come un «modo per accostarsi ad un problema». Per altro verso, tuttavia, questo allargamento tematico ha reso più vaghi i caratteri distintivi del lavoro ermeneutico in campo giuridico. Se a partire dagli anni Sessanta del Novecento lo stimolo esercitato dall'opera di Hans-Georg Gadamer, e il nuovo statuto da questa riconosciuto al problema dell'interpretazione, aveva fatto da collante per filosofi del diritto di estrazione assai diversa, l'attenzione oggi

colaborativa que tem como liame conectivo o contraditório e esse amplo debate hermenêutico legitimará a compreensão do julgador para que esse possa criar direito em sua decisão.¹⁷³³

A cidadania ativa pujada pela democracia participativa acaba centrando as complexidades existenciais em uma notada centralidade política ao Processo, descentralizando-se da Jurisdição, fenômeno este junto à colaboração reativa, em que torna o processo como novo espaço público constituindo-se em um exercício de pressão que tende a repensar o público, o fenômeno conflitológico de interesses se amplia ao jogo processual com o *objeto do debate processual* e aí serve de abertura de uma compreensão aderente à politicidade de vida que invade o Poder Judiciário com efeitos da juridicização da vida, devido a complexidades existenciais ali expostas e contingenciadas pela lide.

O Estado-Juiz submerso nessa nova textura Estatal, composto de uma figura arquitetada em um modelo de Estado Ativo-Responsivo, absorve uma compreensão hermenêutica, onde passa a ser instaurador de sentidos, e se compromete com a *lide*, enunciando sentido a este objeto do debate, em cujo desvelamento participam em uma colaboração reativa. Esse episódio performativo expõe as metáforas vivas gramatizando-as processualmente e mantém o direito aberto ao conflito e sensível ao drama e a tragédia.¹⁷³⁴

riservata ad ambiti tematici in gran parte nuovi ha favorito un crescente disinteresse per i fondamenti dello stile ermeneutico, a vantaggio di forme di ibridazione con apparati concettuali ripresi dal neo-giusnaturalismo, dalla teoria del discorso, dal post-strutturalismo, dal neocostituzionalismo, dalle dottrine della democrazia deliberativa e così via. Un'ibridazione che testimonia certo la ricerca di un dialogo con altre tradizioni filosofiche, da sempre tratto distintivo dello stile ermeneutico, ma che rischia, per converso, di generare in quest'ultimo una progressiva perdita di identità. Credo tuttavia che proprio le nuove sfide cui è posta dinanzi la filosofia del diritto contemporanea consiglino di tornare a riflettere criticamente su alcuni snodi chiave della tradizione ermeneutica. Ciò non certo per preservare il suo codice genetico da mutazioni indesiderate, ma perché tali snodi conservano un carattere problematico che si presta a percorsi di ricerca ancora degni di attenzione. (CANALE, Damiano. **La precomprensione dell'interprete è arbitraria?** Disponível em <http://www2.units.it/etica/2006_1/CANALE.pdf>. Acessado em 31/01/2018. P. 1-2)

¹⁷³³È nell'incedere dialettico del processo che si manifesta il diritto dell'oggetto controverso, un diritto che è la resultante dell'applicazione al caso di una norma giuridica, la quale, offrendo una valutazione sullo stesso, ne permette una risoluzione giuridica. La dialettica processual resulta, pertanto, fonte di diritto; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionale anche, e soprattutto, alla determinazione della norma giuridica, senza la quale non può predicarsi un giudizio. (MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista**. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. P. 91)

¹⁷³⁴El enfoque estructuralista de Susam Sturm (su trabajo se encuentra entre los antecedentes teóricos más destacados y sofisticados de la idea de remedios judiciales experimentalistas) explica cómo la descentralización, que proponen los experimentalistas, motiva el desarrollo de instituciones y procesos dirigidos a dictar normas generales en contextos particulares. En especial, ella argumenta que esto podría ayudar a despersonalizar un conflicto, de forma tal que se haga posible el compromiso en un emprendimiento colaborativo para quienes -de otra forma- estarían adversando, encontrando juntos medidas necesarias y conducentes (aunque sean provisionales) para solucionar problemas. Por otro lado, la nueva "legalidad" remedial que se genera emerge de un proceso interactivo local y descentralizado de recolección de información, identificación de problemas, remediación y evaluación. Aunque ello no coincida siempre con la mirada de las víctimas, o "los de abajo" (como señalan Santos y Garavito), no es menor la observación de que ello depende de la concepción epistémica que asuman los negociadores con respecto a dónde está el saber relevante para generar cambios. No debería desdeñarse, desde la mirada de la gobernanza desde abajo, la posibilidad de que el experimentalismo fomente interacciones

Em razão do princípio dispositivo as resoluções judiciais não devem se referir somente ao objeto do processo, mas também ao objeto do debate, que representam juntos um enfoque integral no princípio dispositivo. Em razão do objeto do debate, as resoluções judiciais devem ser congruentes tanto com a pretensão processual como pela fundamentação da resistência.¹⁷³⁵ A fundamentação operará também como ativismo, exasperando a discricionariedade e a arbitrariedade, para se criar direito.

A alegação da *causa petendi* representa, de fato, o parâmetro para a determinação da jurisdição, competência, legitimidade para agir. Através do exame da *causa petendi*, o juiz pode determinar se ele tem jurisdição, se ele é competente, se ele tiver que providenciar a integração do contraditório, se as partes são legítimas para contradizer o bem da vida tutelado pelo sistema jurídico. Esta afirmação geral do papel e da importância da *causa petendi* durante todo o processo será levada em consideração no tocante a sua relação com o pedido tutelado, o qual manifesta os efeitos da decisão judicial, politizando-se o direito pela via judicial.¹⁷³⁶

A alegação não é o monopólio exclusivo das partes. Podendo ser apontado, que cada julgamento é uma novela onde os fatos e o direito dançam um balé juntos que parece nunca ser interrompido. Os fatos estão na causa, e eles dizem tradicionalmente. Eles são os fatos que

dinámicas locales capaces de atravesar las fronteras conceptuales, profesionales y organizacionales que mantienen sometidas a ciertas víctimas. La creación de nuevos espacios públicos a instancias de ciertas injusticias categóricas definidas judicialmente (o de bloqueos políticos, como ocurrió en el caso Curruhuinca (2004)) debería verse como una oportunidad más para que la perspectiva de “los de abajo” contribuya con el ejercicio de una presión tendiente a repensar lo público. Ahora bien, lo cierto es que la intervención judicial frente a casos complejos es un territorio aún pobremente explorado por nuestra jurisprudencia. Sin embargo, debe notarse también que resulta inevitable esa exploración, en la medida en que se vayan profundizando los lazos entre las pretensiones emancipadoras ciudadanas, y el control judicial a través de casos estructurales. Si la justicia avanza por el camino de ganar legitimidad democrática a través de su función social en lugar de sus compromisos orgánicos con los otros poderes, el desafío de casos estructurales complejos será inescapable. (...) Por mi parte, no estoy para nada segura de que haya conflictos “irresolubles” por la justicia. En verdad, en lo que no creo, de hecho, es en algo anterior. No creo haya conflictos “solubles” por el derecho, o por los jueces. Entiendo, por el contrario, que nunca los jueces han resuelto ningún conflicto real. En todo caso han resuelto litis o controversias judiciales, con impactos y/o efectos en los conflictos reales de los más diversos, pero para nada cancelatorios. Los jueces son instauradores de sentido, y se comprometen con una litis, es decir, con un enunciado de sentido, en cuya construcción participan, y al que dan una resolución simbólica en base a un cálculo jurídico, como forma, nada inocua, de avivar y facilitar el impulso de buscar una solución real al conflicto que se resiste a su naturalización, o a su olvido. 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, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P.304-307)

¹⁷³⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**: Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004. P.226.

¹⁷³⁶ L'allegazione della causa petendi rappresenta, infatti, «il parametro per la determinazione della giurisdizione, della competenza, della legittimazione ad agire». Tramite l'esame della causa petendi il giudice può stabilire se ha giurisdizione, se è competente, se deve disporre l'integrazione del contraddittorio, se le parti sono legittimate a contraddire su quel bene della vita. Questa generale affermazione del ruolo e dell'importanza della causa petendi su tutto lo svolgimento del giudizio verrà presa in considerazione nel rapporto con la richiesta di tutela. (BUONCRISTIANI, Dino. **L'allegazione dei Fatti nel Processo Civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. P.71)

compõem o litígio. Quando o juiz os desvela, não altera a matéria litigiosa, não altera as pretensões. Esses fatos pertencem ao objeto do debate, eles podem ser "tirados de um dossiê" ou tirados de escrituras. Eles constituem a "cesta" do juiz, sendo este um poder soberano de apreciação ao fenômeno. A solução do problema não apresenta dúvida. O princípio do dispositivo é respeitado. A matéria litigiosa não se limita aos fatos alegados, mas compreende todos os fatos aduzidos pelas partes, e todos os fatos incluídos no debate. Para isso, a compreensão do fenômeno aponta a maneira em que o juiz deve observar o princípio do contraditório constitucionalizado e a colaboração reativa.¹⁷³⁷

A Ciência Processual ainda voltada ao paradigma científico matemático-cartesiano volta sua atenção ao conteúdo formado pelo objeto do processo formal e ao objeto do debate processual sob a textura do dedutivismo lógico, ambos serão vistos pelo princípio da *eventualidade*¹⁷³⁸ que vincula o processo à *forma*, alegando a preclusão da matéria de fato e de direito não trazida na contestação, isso acaba por evidenciar o apego a imutabilidade. A nova onda renovatória do processo tenta romper com essa rígida racionalidade.

Se o processo é estruturado de maneira a poder conter, sobretudo, o fato constitutivo invocados pelo autor com a demanda, sem alguma possibilidade de integração em curso da causa, também na base o desenvolvimento do contraditório serve como defesa do conteúdo formado com o objeto do processo, assim existe um problema se o objeto do debate processual e da decisão é o *direito* acima de todas as possibilidades do perfil constitutivo, isto é, o direito unicamente sob o perfil constitutivo afirmado com a demanda. A contraposição é entre o objeto do debate processual e a decisão, a decisão como *Recht* ou como *Rechtsfrage*. O objeto do debate processual não é um direito (*Recht*), mas uma questão factual (*Rechtsfrage*): o fato posto como fundamento da demanda, subsumidos sob uma norma jurídica (incide muito bem a análise da teoria do fato jurídico, pois deve o suporte fático (fato) incidir a norma (direito)), revelando não mais indiretamente ao fim de individuar a situação jurídica subjetiva controversa que é

¹⁷³⁷L'allégation n'est pas le monopole des parties. Comme il a pu être souligné, « chaque procès est un roman où les faits et le droit dansent un ballet ensemble qui semble ne jamais vouloir s'interrompre ». Les faits adventices sont dans la cause, dit-on traditionnellement. Ils sont les faits qui forment le litige, préférons-nous dire. Lorsque le juge les relève, il n'altère pas la matière litigieuse, il n'altère pas les prétentions. Ces faits appartiennent au débat, ils peuvent être « tirés du dossier » ou tirés des écritures. Ils constituent le « panier » du juge, ce dernier possédant en l'espèce un pouvoir souverain d'appréciation. La solution ne fait aucun doute. Le principe dispositif est respecté. La matière litigieuse ne se limite pas aux faits allégués, mais comprend l'ensemble des faits apportés par les parties, l'ensemble des faits compris dans le débat. C'est notamment parce qu'il relève un moyen que le juge doit observer le principe de la contradiction. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Procès Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.141)

¹⁷³⁸Vide JUNOY, Juan Picó y. **O Juiz e a Prova**: Estudo da Errônea recepção do Brocardo iudex iudicare debet allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 90.

objeto do processo, mas constituindo diretamente o objeto do debate processual. Assim vale dizer que a questão da existência ao menos de um direito subjetivo, segundo esta análise, não encontra uma resposta, como tal, com a força de um caso julgado; o direito subjetivo vem afirmada ou negado somente secundariamente com força do julgado, porque a sua existência ou não-existência é pura emanção e consequência necessária de uma questão jurídica decidida com a força do julgado.

Tem como consequência que não se discute na atualidade a existência do direito controvertido, seguindo unicamente as questões jurídicas se o direito surge como resultado de uma determinada *fattispecie* constitutiva. Em um segundo julgamento, poder-se-á voltar a rediscutir esse direito subjetivo, uma vez que a parte unicamente preclusa a alegação do fato anteriormente ao complexo factual adstrito no primeiro julgamento. Em síntese, a alegação de fatos constitutivos (isto é, fatos qualificados juridicamente como originários da situação jurídica controversa) e o objeto do processo coincidem.

No Processo Civil, na verdade, cabe exclusivamente à vontade do autor para com a formação ou fixação do objeto da contenda - objeto do processo. Portanto, ao nível disciplinar, a alegação dos fatos constitutivos é inteiramente remetida a parte autora, não podendo o Estado-Juiz mudar o objeto do debate processual, detectando assim ao ato um perfil constitutivo não expressamente utilizado pelo autor como fundamento da própria demanda. Portanto, se o autor demonstrar relativamente os fatos da demanda apenas uma vez, no momento da apresentação da citação, e se o objeto do debate processual for um *Rechtsfrage*, trata-se de uma questão jurídica factual, agora deve também admitir a possibilidade de se efetuar a alegação de um perfil constitutivo de forma subordinada ou condicionada ao não acolhimento de um outro perfil constitutivo.

Nesta hipótese, na realidade se há uma proposição de duas demandas, ou seja, duas questões jurídicas factuais, sendo assim a principalmente vincula a subordinada. Como se vê, a função, a natureza e disciplina das alegações e manifestações acerca dos fatos acabam apresentando uma variável dependente de uma particular estrutura do processo. Em resumo, no caso em que a capacidade conteúdística do juízo seja assim tanto limitada que só pode incluir os fatos constitutivos alegados pelo autor no momento da proposição da demanda, assim a alegação dos fatos constitutivos coincide com o objeto do processo e, portanto, aparece como um *Willenserklärung*, ou seja, como uma declaração de vontade, voltando-se ao poder monopolista do ator. Hoje, no caso a disciplina das alegações ou manifestações dos fatos é influenciada ou afetada pela estrutura do processo e, em particular, pelos métodos de implementação do princípio contraditório formal, prescinde com esse princípio uma limitação

do objeto do debate processual e do julgamento à questão jurídica factual levantada pelo autor. Note-se, que quanto ao princípio do contraditório constitucional, este pode possibilitar a ampliação do objeto do debate processual, apresentando-se como via de possibilidades. Mesmo querendo acreditar que o objeto do debate processual é o direito sob todas as possibilidades de

perfis constitutivos, a engrenagem definida pelo Legislador para a discussão do caso-problema impede do papel ativo do Estado-Juiz no desenvolvimento dos fatos.^{1739,1740}

¹⁷³⁹L'attenzione di chi ha preso in esame il processo tedesco improntato al principio di eventualità si è accentrata sul rapporto tra capacità contenutistica del processo e oggetto della lite. Se il processo è strutturato in maniera tale da poter contenere soltanto i fatti costitutivi fatti valere dall'attore con la domanda, senza alcuna possibilità di integrazione in corso di causa, anche in base allo sviluppo del contraddittorio e alle difese del convenuto, si pone il problema se oggetto della lite e della decisione è il diritto sotto i tutti possibili profili costitutivi ovvero il diritto unicamente sotto il profilo costitutivo fatto valere con la domanda. In sintesi, la contrapposizione è tra oggetto della lite e della decisione come Recht ovvero come Rechtsfrage. Ebbene, si conclude nel senso che oggetto del giudizio non è un diritto (Recht), ma una questione giuridica fattuale (Rechtsfrage); i fatti posti a fondamento della domanda, sussunti sotto una norma giuridica, rilevano non più indirettamente al fine di individuare la situazione sostanziale controversa che è oggetto del processo, bensì costituiscono direttamente l'oggetto del giudizio. Quindi «die Frage der Existenz oder Nichtexistenz des subjektiven "Rechts", nach dieser Auffassung "nicht als solche" rechtskräftig beantwortet wird, das subjektive Recht nur sekundär rechtskräftig bejaht oder verneint wird, insofern seine Existenz oder Nichtexistenz Ausfluss und notwendige Konsequenz der rechtskräftig entschiedenen Rechtsfrage ist», vale a dire la questione dell'esistenza o meno di un diritto soggettivo, secondo questa interpretazione non trova una risposta come tale con forza di giudicato; il diritto soggettivo viene affermato o negato solamente secondariamente con forza di giudicato, in quanto la sua esistenza o non esistenza è emanazione e conseguenza necessaria della questione giuridica decisa con forza di giudicato. Ne consegue che non si discute dell'attuale esistenza del diritto controverso, bensì unicamente della questione giuridica se il diritto è sorto a seguito di una determinata fattispecie costitutiva. Quindi, in un secondo giudizio, potrà tornarsi a discutere di quel diritto soggettivo, essendo alle parti unicamente preclusa l'allegazione di fatti antecedenti al complesso fattuale dedotto nel primo giudizio. In sintesi, l'allegazione dei fatti costitutivi (cioè fatti qualificati giuridicamente come originanti la situazione giuridica controversa) e l'oggetto del processo coincidono. Non è possibile in questa sede verificare la tenuta di questa ricostruzione, pur dovendo comunque rilevare che, nel c.d. jüngster Reichsabschied del 1654, è previsto un giudizio di appello, nel quale le parti possono recuperare quei mezzi di attacco o di difesa, che in primo grado non hanno considerato necessari o utili, prestando giuramento (§ 73); nel regolamento giudiziario di Giuseppe II del 1781 è prevista la possibilità di dimostrare di non aver ommesso studiosamente una circostanza di fatto o un mezzo di prova e, quindi, di essere autorizzati ad integrare la propria linea difensiva (§ 48, 54). Ciò che invece rileva ai fini del nostro studio, è che, se la funzione svolta dall'allegazione dei fatti costitutivi è quella di fondare l'oggetto del processo, allora la stessa si presenta a livello di struttura come una Willenserklärung, cioè come una dichiarazione di volontà. Nel processo civile, infatti, spetta unicamente alla volontà dell'attore fissare l'oggetto del contendere. Quindi, a livello di disciplina, l'allegazione dei fatti costitutivi è interamente rimessa alla parte attrice, non potendo il giudice mutare l'oggetto del giudizio, rilevando dagli atti un profilo costitutivo non espressamente utilizzato dall'attore come fondamento della propria domanda. Inoltre, se l'attore ha la parola relativamente ai fatti della domanda soltanto una volta, al momento della presentazione della citazione, e se oggetto del giudizio è una Rechtsfrage, cioè una questione giuridica fattuale, allora deve altresì ammettersi la possibilità di effettuare l'allegazione di un profilo costitutivo in via subordinata o condizionata al non accoglimento di un altro profilo costitutivo. In quest'ipotesi, infatti, in realtà si ha la proposizione di due domande, cioè di due questioni giuridiche fattuali, di cui una in via principale ed una in via subordinata. Come si vede, funzione, natura e disciplina dell'allegazione dei fatti finiscono per essere una variabile dipendente da una particolare struttura del processo. In sintesi, nel caso in cui la capacità contenutistica del giudizio sia così limitata da poter racchiudere unicamente i fatti costitutivi allegati dall'attore al momento della proposizione della domanda, allora l'allegazione dei fatti costitutivi coincide con l'oggetto del processo e, pertanto, appare come una Willenserklärung, cioè come una dichiarazione di volontà, rimessa al potere monopolistico dell'attore. In ogni caso la disciplina dell'allegazione dei fatti risente della struttura del processo e, in particolare, delle modalità di attuazione del contraddittorio, a prescindere da una limitazione dell'oggetto della lite e del giudicato alla questione giuridica fattuale sollevata dall'attore. Anche a voler ritenere che oggetto della lite è il diritto sotto tutti i possibili profili costitutivi, l'ingranaggio delineato dal legislatore per la trattazione della causa impedisce un ruolo attivo del giudice nel rilievo dei fatti, come si passa a dire. (BUONCRISTIANI, Dino. **L'allegazione dei Fatti nel Processo Civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. P. 166-168)

¹⁷⁴⁰La fondamentalisation de l'action en justice par le biais du droit au juge protège l'office des parties dans la mesure où la demande n'est qu'un effet de l'action. Le droit au recours juridictionnel, en garantissant le droit d'agir, garantit le droit pour les parties de formuler leurs demandes protège donc indirectement l'office des parties en vertu du principe dispositif. le même constat peut être fait au regard de la protection constitutionnelle qui est accordée au droit au juge. (BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.264)

A partir do que se procura mostrar, passa-se para uma concepção da sociedade não mais do que apenas um esquema de alocação de ações com sinônimo de justiça distributiva, mas sociedade entendida como um esquema de cooperação. O processo é, ao mesmo tempo que a repartição das partes (interesses), é aquilo que nos faz tomar parte na mesma sociedade (cooperação), isto é, o que nos aproxima.¹⁷⁴¹

Um aumento significativo do poder dos juizes (e a perda correlativa do monopólio do legislador na determinação do interesse geral), une-se à prevalência reconhecida dos direitos humanos e fundamentais. Os direitos do homem se tornaram uma poderosa alavanca para questionar a Lei positiva e, neste contexto, é precisamente o desenvolvimento dos chamados direitos "processuais", pela *situação jurídica subjetiva*, responsável por continua a nutrir e reforçar a natureza auto-questionadora do direito contemporâneo: o direito à informação (acesso a documentos, transparência e motivação de decisões ...), participação, recursos - muitas ferramentas legais do nosso terceiro objetivo e instrumentos para a construção de um espaço público, cada vez mais transnacional, dentro do qual o uso público da razão baseada nos direitos fundamentais reconhecidos pelos indivíduos. Tudo acontece, portanto, como se a lei fizesse todo o possível para dar ao debate uma segunda chance, não ao mais alto nível de adoção da lei, mas na *escala individual do caso*, dando maior relevância ao fato.¹⁷⁴²

¹⁷⁴¹At this stage, we move to a higher conception of society: no longer just a scheme of allocation of shares synonymous with distributive justice, but society understood as a scheme of cooperation: through distribution, but beyond it, through procedure, but beyond it, allow us to strive towards something like a 'common good', which precisely makes the social bond. A good, paradoxically, made out of eminently shareable [partageable] values. In this respect, the communitarian dimension has taken over from the procedural dimension, incapable by itself of warding off violence. In sum, judicial allocation [partage judiciaire] is at one and the same time the apportioning of parts (which separate) and that which makes us take part [prendre part] in the same society, that is to say, that which brings us closer. From apportionment springs an emergent property, more important than the share falling due to each: concord reestablished and cooperation renewed. (OST. François. **To Avenge, to Forgive or to Judge? Literary Variations**. Disponível em: < <http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo9OST.pdf>> Acessado em:30/01/2018. P.46)

¹⁷⁴²Il monito vichiano richiama innanzitutto la nostra attenzione sulla opportunità di una attenta rivalutazione del 'fatto', inteso quest'ultimo nel senso sia di fattispecie concreta, sia di norma giuridica. Con riguardo al fatto di specie, non vi è dubbio che agli occhi di un giurista attento il caso si presenti sempre come un 'unicum', ovvero come un peculiare, complesso ordito di interessi e di contingenze che non lo rendono quasi mai del tutto 'uguale' ad altri accadimenti dello stesso tipo e perciò quasi mai perfettamente riconducibile alla nettezza della fattispecie normativa. La corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta è infatti un dogma, che peraltro si può considerare complementare a un altro dogma, quello della completezza della legge. Nella tradizione di common law, dove questi due dogmi non si sono affermati, è attecchita una tecnica raffinatissima di analisi del caso concreto, analisi senz'altro utile per una corretta valutazione degli interessi concretamente in gioco, ma addirittura indispensabile al fine di stabilire il rapporto con il precedente, dal quale il giudice di common law si può discostare motivando la mancanza di affinità rispetto al caso deciso in precedenza dal giudice di grado superiore. Nei sistemi di civil law – attesa la piena libertà dei tribunali di interpretare ogni norma ed ogni fattispecie analoga in modo diverso – il caso concreto è invece ancora un modesto e 'fluidico episodio di vita', incapace di esprimersi e di sollevarsi sopra se stesso. La scarsa rilevanza attribuita alle caratteristiche della fattispecie litigiosa emerge oggi peraltro in modo assai chiaro dalle discutibili tecniche di massimazione delle sentenze. Si parla perciò diffusamente di una 'crisi della fattispecie'. Ebbene, come restituire al 'fatto' la rilevanza che merita? Innanzitutto rivalutando l'esame del contesto effettivo di ogni caso specifico, mediante il ricorso ai metodi analitici insegnati dalla giurisprudenza romana e, oggi, dai pratici del common law; in secondo luogo, ci soccorre l'insegnamento vichiano.

Da un lato, si può infatti utilizzare lo strumento della comparazione dei casi, per evidenziare omogeneità o disomogeneità tra le fattispecie. A tale riguardo, non dimentichiamo che l'arte di comparare le fattispecie litigiose e i 'casi di scuola' ci è stata insegnata dalla scienza giuridica romana e fa quindi parte della nostra cultura giuridica di civil law; mentre sul piano dell'indagine storica, tale tecnica in Italia è stata introdotta da Vico. Per altro verso, occorre contestualizzare e storicizzare il fatto-caso. L'attività ermeneutica relativa alla storicizzazione della fattispecie concreta implica che il giurista-interprete di civil law prenda le distanze dai criteri e dai metodi generalmente adottati, fino alla metà del Novecento, nell'analisi della fattispecie astratta e del comando normativo. In quel contesto storico, a seguito dell'entrata in vigore dei codici e sotto gli influssi della Scuola dell'Esegesi francese, di fronte a una gran quantità di nuove norme di legge 'date', i pratici avevano sviluppato la propensione a destoricizzarne l'oggetto: specie se posti di fronte a un codice, il giurista non si sentiva tenuto a interrogarsi circa la provenienza della norma, o sulle forze sociali, economiche e politiche che l'avevano prodotta. Siffatto approccio corrispondeva alla percezione del diritto fluente dalla norma come fisso e rigido, privo di storia – secondo quanto ha poi teorizzato il neorazionalista Bobbio – in quanto di per sé disinteressato a dare conto del proprio svolgersi e divenire. Non v'è dubbio che già all'epoca i migliori giuristi – pratici e teorici – esprimessero comunque la loro esigenza di concretezza storica, preoccupandosi di verificare la provenienza della norma e la natura degli interessi che essa era destinata a proteggere. Ma, imperante la Scuola dell'Esegesi e in seguito l'indirizzo pandettistico, si trattò di un atteggiamento elitario, e dunque di rilievo marginale. Del resto, era anche la struttura stessa dello Stato moderno ad avere fortemente sfumato il «carattere atomistico» della società: di fronte alla centralità dello Stato, la «mobilità dei fenomeni umani e sociali è sempre come riassunta, riassorbita nell'entità stabilizzatrice del diritto-istituzione». Poi, dalla seconda metà del Novecento gli scenari sono cambiati. Con l'avvento della Costituzione l'ordinamento italiano è stato messo di fronte all'immediata rilevanza giuridica del 'fatto' e non ha potuto esimersi dal coglierne l'importanza: si è inchinato di fronte alla maestà e alla irruenza del 'fatto' (res), considerandone finalmente la forza prescrittiva, sia materiale che giuridica. Era inevitabile che anche la dottrina si aprisse allora alla dimensione dei fenomeni sociali e dell'effettività. Nel sistema costituzionale italiano, il fatto e la valenza prescrittiva della realtà incidono in svariati ambiti: oltre che nella determinazione delle scelte politico-amministrative, il 'fatto' è centrale nell'affermazione del principio di ragionevolezza (da intendersi come «tecnica per il soddisfacimento dei valori e dei principi positivizzati nel testo costituzionale»), nella valutazione dei presupposti fattuali giustificativi delle decretazioni d'urgenza (art. 77), nella realizzazione del principio di uguaglianza (art. 3). La Costituzione ha dunque segnato una svolta epocale, inducendo uno sviluppo del diritto dal basso verso l'alto (e non viceversa, come accadeva in precedenza), nonché una evoluzione più rapida del fenomeno normativo, nel momento stesso in cui ne ha postulato l'adesione alla complessità del sistema sociale e la coerenza con la progressiva trasformazione di quest'ultimo in senso pluralista. Si aggiunga che l'applicazione del principio di ragionevolezza da parte della Corte Costituzionale ha implicato l'istituzione di un ancora più stretto legame tra il diritto e il contesto sociale che in concreto lo circonda. Su un altro versante, ha rafforzato la necessità della rivalutazione dei profili ontologici anche il fenomeno in crescita del soft law, quale diritto che nasce da assetti sovranazionali e dalla realtà delle relazioni economiche e commerciali dei gruppi di potere (specie in campo finanziario); un diritto totalmente indipendente dalle fonti di produzione del diritto statale, dunque non bisognoso della tradizionale mediazione dello 'Stato-legislatore', il quale viene così letteralmente scavalcato. Questi nuovi elementi hanno tutti concorso, anche se in diversa misura e in tempi diversi, a rendere oggi molto più incisivo rispetto al passato il ruolo del giudice-interprete nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico e dunque a riconoscere alla giurisprudenza la natura di fonte del diritto. Questa svolta non poteva che portare con sé un'attenta riflessione sul crescente valore del precedente giudiziario dei sistemi di civil law, come lucidamente avvertito da Gino Gorla e puntualmente argomentato da Martin Kriele in un celebre saggio del 1967. Di fatto – osserva Kriele – l'influenza dei precedenti nell'orientamento del giudice di civil law è tale da potersi parlare di una 'vincolatività presuntiva'; e se, a fronte di elementi di notevole rilievo, viene a cessare la presunzione a favore del precedente, il giudice dovrà riprendere in esame il contesto effettivo del caso specifico. Il che sta a significare – conclude Giuseppe Zaccaria – che «il diritto non si trova precostituito neppure nel 'deposito' dei precedenti, ma deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra norma e fatto»; ma significa pure che la responsabilità del giudice-interprete si è terribilmente accresciuta. Attraverso questi percorsi, il fatto si è appropriato dell'importanza che merita, anche nella composizione dei conflitti: quando il giudice resta privo di una legge statale di riferimento, e per conseguenza non può limitare il proprio compito all'applicazione di norme date, e quando si trova a dover decidere se ricorrono gli estremi per avvalersi almeno della 'presunzione di vincolatività a favore del precedente', non vi è di meglio che egli possa fare, se non valutare, nel modo più corretto possibile, gli interessi concretamente in gioco. E questi non possono emergere che da un esame attento del 'fatto'. (SOLIDORO, Laura. **Il Giudice e il Fatto: Nuove Suggerimenti del Pensiero Vichiano**. Disponível em: <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2014/contributi/2014_Contributi_Solidoro.pdf> Acessado em: 30/01/2018. P. 8-11)

Sem dúvida, a dialética obriga," repensar " a Lei, que permanece relativa, e seu resultado nunca é garantido; de acordo com períodos e lugares: petições, debates parlamentares, revisão de tratados, renegociações de contratos, recurso à justiça, controle de constitucionalidade e convencionalidade, mudanças de jurisprudência, controvérsias doutrinárias. A Lei acumula técnicas de adaptação e correção de suas regras. Contrariamente à ideia de que temos a rigidez da dogmática jurídica e o rigor associado à coerção pública, devemos admitir que estes acumulam mecanismos de questionamento e até mesmo auto-neutralização.¹⁷⁴³

¹⁷⁴³El favor del que disfruta la dimensión «de confrontación» del Derecho contemporáneo —una cierta naturaleza interrogativa y como si estuviera siempre en suspenso— ha de comprenderse en un contexto marcado por tres fenómenos entrelazados: una concepción de la Democracia basada en la dignidad de los individuos más que sobre la soberanía de los Estados, un importante ascenso del poder de los jueces (y la pérdida correlativa del monopolio del legislador en la determinación del interés general), y también la importancia creciente de las instancias y jurisdicciones supranacionales en la producción del Derecho —los tres fenómenos se fortalecen mutuamente por la presencia de los otros—. Fundamentando estos tres fenómenos: la prevalencia reconocida de los derechos del hombre. Con ellos, el Derecho positivo ha integrado como propios esos valores que en otro momento proporcionaban instrumentos externos a él para la impugnación del que era objeto. Al tiempo indeterminados en su contenido, y de un alcance que no termina de extenderse (principalmente por lo que a sus exigencias añadidas se refiere, la efectividad y la igualdad de disfrute), los derechos del hombre se han convertido en una palanca poderosa para cuestionar el Derecho positivo, y particularmente la ley, cuya validez se ha visto precarizada y aparece desde entonces condicionada a ellos. En este contexto, es precisamente el desarrollo de los derechos llamados «procedimentales» el que es espectacular, algo que no deja de alimentar y reforzar la naturaleza auto-interrogativa del Derecho contemporáneo: derecho a la información (acceso a los documentos, transparencia y motivación de las decisiones...), a la participación, a los recursos —tanto útiles jurídicos propios de nuestro tercer fin, como de instrumentos de construcción de un espacio público, cada vez más transnacional, en cuyo seno se desarrolla un uso público de la razón a partir de los derechos fundamentales reconocidos por los individuos—. Todo sucede, por tanto, como si el Derecho hiciera todo lo posible para darle una segunda oportunidad al debate, ya no al nivel superior de la adopción de la ley, sino a la escala individual del caso. Esta distinción de planos y funciones, que no ha estado vigente ni siempre ni por todos lados (con frecuencia una misma asamblea estaba investida con dos funciones, legislativa y ejecutiva, incluso tres: legislativa, ejecutiva y judicial), puede entenderse como un progreso del Derecho. Como si el Derecho, en función de una lógica realmente exponencial, edificara en todo momento escenarios de terceros, comprendiendo aquí sus propias instituciones; algo así como una puesta en escena constante, una «representación» para someter a debate su propia dramaturgia, una reformulación de sus propios actores, como si estuvieran siempre obligados a responder de sus acciones ante un controlador superior o más distanciando. En todas estas hipótesis, lo que conviene poner bajo el foco de atención y estudiar es la brecha, el carácter operativo y productivo que genera esta distancia crítica que el Derecho no cesa de cavar en relación consigo mismo. Algo que es fuertemente subrayada es la capacidad que manifiesta el Derecho en la auto-distancia: una capacidad reflexiva que se transforma a veces en procedimiento crítico volcado contra sí mismo. ¿No está acaso aquí el sentido profundo que se atribuye al adagio romano que todo jurista debería sin cesar guardar en el alma: *summum ius, summa iniuria* —el Derecho llevado al límite es el colmo del mal—? También J. Carbonnier con buena inspiración escribe que «el Derecho es una máquina de generar dudas». Es esto también lo que le permite escribir que la exigencia de efectividad —una efectividad integral de la normativa— es «excesivamente peligrosa». Al inscribirse en esta perspectiva, el Derecho reactiva, en un sentido posiblemente emancipador, las calificaciones acordadas y las pruebas de juicio, que, en caso de cristalizar definitivamente, cerrarían a las personas y a las situaciones en escenarios intangibles y jerarquías alienantes. Boltanski y Thévenot subrayan este riesgo inherente a las pruebas de juicio, y a las economías de la grandeza que les acompañan en las diferentes «ciudades». En relación con este riesgo muy real, me parece que el Derecho, multiplicando los procedimientos de apelación y los mecanismos correctores de toda suerte, estimulando las controversias doctrinales, reservando un lugar a las correcciones tradicionales y dejando siempre abierta la puerta a las transformaciones legislativas, multiplica los instrumentos que permiten redistribuir las cartas y reactivar el juego. En este sentido creo que son simplistas y tramposos los análisis que retienen solo las funciones de dominación del Derecho; así como M. Foucault escribe: «El sistema de Derecho y el campo del Derecho judicial son el vehículo permanente de las relaciones de dominación, de técnicas de subyugación polimorfas; el Derecho, es preciso verlo, creo, no desde el lado de una legitimidad que ha de ser consolidada, sino del lado de los procedimientos de dominación que pone en marcha». Sin duda, la dialéctica obliga, «los replanteamientos» autorizados por el Derecho siguen siendo relativos, y su

O problema hoje tem relação com o controle exercido sobre a criatividade, não aceitando que esta é hoje, inegavelmente, inerente à interpretação e, de alguma forma, mantida "sob controle": as ferramentas não faltam. O primeiro deles é visto como o guia que o Estado e os outros órgãos consideram hoje soberanos devem assumir para o juiz-intérprete, propondo os critérios hermenêuticos a serem observados na regulamentação de casos concretos: "razoabilidade" "não discriminação", "reconhecimento mútuo", "igual dignidade das pessoas", "interação social", "respeito mútuo", "tolerância".

Ocorre que a interpretação correta não pode ser esgotada na experiência individual (subjéctiva) do intérprete, mas deve ser dialéctica, ou seja, como uma interacção dialógica principalmente com os contextos de norma e facto. Desse modo, somente deve balizar a decisão judicial ao que se garante o princípio dispositivo ressignificado pelo contraditório, onde ambos afirmam a colaboração reactiva, e não outros princípios que são verdadeiros redutores da *auctoritas* judicial.¹⁷⁴⁴

resultado nunca está garantizado; según los periodos y los lugares, es cierto que la finalidad de orden y la de aplicar la coacción ha supuesto que las controversias y las críticas se hayan reducido a unas pocas cosas. Pero es importante comprender que, en el régimen que estudiamos (la hipótesis favorable donde el Derecho se propone poner en marcha sus funciones al servicio de la justicia y de la democracia), el Derecho no se reduce a un rule by law, a un uso instrumental al servicio del poder o de la planificación, sino a un rule of law, que significa siempre una distancia entre quien lo utiliza y el instrumento, como si el Derecho tuviera su autonomía, su lógica propia, y fuera susceptible de ser revisado independientemente de la voluntad del agente. Eso que se deja entrever no es otra cosa más que una cierta indisponibilidad, una resistencia a la instrumentalización del escenario de un tercero, y del bien común del que es espacio para su construcción. De ahí que permita, al menos hasta cierto punto, el ejercicio del recurso con vocación «emancipatoria», el Derecho puede así ser visto, contrariamente a lo que sostiene Foucault, «desde la perspectiva de una legitimidad a ser consolidada». Las formas jurídicas que «ese cuestionamiento» toma prestadas son extremadamente diversas: peticiones, debates parlamentarios, revisión de tratados, renegociaciones de contratos, recurso a la justicia, control de constitucionalidad y de convencionalidad, cambios de jurisprudencia, controversias doctrinales... El Derecho acumula técnicas de adaptación y de corrección de sus reglas (por no hablar de los criterios de interpretación, de los que Carbonnier decía que era la forma elemental de desobediencia): la ponderación de intereses, la implementación de los principios generales, las «acomodaciones (arreglos) razonables» en el sentido canadiense (traer excepciones a una regla general a favor de ciertos grupos minoritarios si la aplicación de tal regla se muestra indirectamente discriminatoria en relación con esos grupos), el «margen nacional de apreciación» en el Derecho europeo, la excepción de orden público en el Derecho internacional (que suspende la aplicación de tal o cual regla de Derecho extranjero en la medida en que resulta en un absurdo en el caso en cuestión), la teoría del abuso de derecho (que deniega a un particular el beneficio de un derecho subjetivo cuando el uso concreto que reclama del mismo se manifiesta como irrazonable), las diferentes teorías jurisprudenciales realizan una forma de equidad para el caso particular (equidad que si bien es muy real, rara vez se admite)... los casos son innumerables. Al revés de la idea que nos hacemos de la rigidez de la dogmática jurídica y del rigor asociado a la coacción pública, es preciso admitir que estas acumulan mecanismos de puesta en cuestión, e incluso a veces de auto-neutralización. Más allá de los recursos jurisdiccionales clásicos y de los debates parlamentarios, todo sucede como si el Derecho, a través de todas sus ramas, multiplicara los mecanismos de corrección, las posibilidades de excepción, de derogación o de atenuación de las soluciones, las técnicas de auto-neutralización de sus opciones. Como si, marcado por la reversibilidad que conocemos tuviera que poder revisar su trayectoria en todo momento. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.45-47)

¹⁷⁴⁴La creatività che oggi è sempre – ed innegabilmente – insita nell'interpretazione va in qualche modo tenuta 'sotto controllo'; e gli strumenti non mancano. Il primo di essi è visto nel ruolo di guida che lo Stato e gli altri enti oggi considerati sovrani devono assumere nei confronti del giudice-interprete, proponendo i criteri ermeneutici da osservare nella regolazione dei casi concreti. In adesione al dettato costituzionale, nonché al nuovo diritto europeo, la scienza giuridica occidentale più recente ha quindi individuato un nucleo ristretto, ma forte, di valori e di principi

Nesse sentido, a separação entre direito e fatos é uma utopia infeliz. Basta considerar que a teoria da norma jurídica é tradicionalmente construída sobre o conceito de "*fattispecie*"¹⁷⁴⁵, que inevitavelmente nos traz de volta ao fato, a um fato tipificado e descrito em seus termos abstratos, respeito ao qual são subsumidos os fatos concretos que a realidade gera cotidianamente. Porém, os princípios - todos os princípios, não só aqueles Constitucionais - são enunciações que tendem a evitar a obrigação de especificar a *fattispecie*: sendo está a principal diferença entre princípios e regras.¹⁷⁴⁶

Inegável que tem ampla relevância a interpretação judicial em casos-problemas fenomênicos em que a rigidez dedutiva da Ciência Processual restringe a interpretação a lei. Assim, os cânones da tradição processual apresentam uma grande tensão com a os fenômenos desde há muitos séculos. Na atualidade, são configuradas às partes a distribuição das funções processuais afiguradas com a administração da justiça, fazendo que o processo acabe sendo um local de debates políticos asseguradas pelo contraditório, boa-fé processual e fundamentação das decisões, sendo que, essas faculdades e os institutos mencionados acabam por redimensionar a atividade do Juiz, o qual adquire frente os cidadãos ativos um perfil também ativo e acumulando as funções de um modelo de Estado Ativo-Responsivo. A colaboração reativa das partes destina-se, com a Administração da Justiça, à apropriar o significado do

universali o universalizzabili, cui l'interprete deve aderire, quali sono quelli di 'ragionevolezza', 'non discriminazione', 'mutuo riconoscimento', 'pari dignità delle persone', 'interazione sociale', 'reciproco rispetto', 'tolleranza', 'contraddittorio'. Ma questa prima forma di 'controllo' dell'interpretazione rivela la sua insufficienza nel momento in cui si tenti di riempire di contenuti più specifici i valori e i principi ora segnalati. Spetta allora all'interprete, per non cadere nel soggettivismo e per governare razionalmente l'interpretazione, individuare una serie di criteri di controllo intersoggettivi, cioè largamente condivisi (all'interno delle società civili) mediante un 'accordo' raggiunto non per convenzione, ma – secondo la felice formula di Dworkin – «per convinzione»: la corretta interpretazione non può esaurirsi nell'esperienza individuale (soggettiva) dell'interprete, ma deve essere dialettica, porsi cioè come interazione dialogica in primis con i contesti in cui norma e fatto concreto si collocano, in secundis con la comunità scientifica e professionale che individua la pratica interpretativa⁹⁴. È evidente che l'osservanza di tutti questi criteri richiederebbe una formazione e una sensibilità culturale che da non tutti i pratici del diritto si può ragionevolmente pretendere. Perciò, di fonte alla pluralità delle interpretazioni possibili e al loro inevitabile conflitto, «al sempre più difficile accordo sui valori si sostituisce un più realistico accordo sulle regole». (SOLIDORO, Laura. **Il Giudice e il Fatto: Nuove Suggestioni del Pensiero Vichiano**. Disponível em: <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2014/contributi/2014_Contributi_Solidoro.pdf> Acessado em: 30/01/2018. P. 16-17)

¹⁷⁴⁵Pero, si queremos hablar rigurosamente, la oposición no puede formularse entre el derecho -y el hecho sino entre el *hecho* y la *ley*. Formulada en sus términos tradicionales la distinción contiene la falta común, que concierne a la confusión del derecho y de la ley; el derecho, como dijimos, y veremos mejor muy pronto, más bien que la ley representa la síntesis de la ley y del hecho: y será probablemente esta síntesis la más difícil para explicarla claramente. (CARNELUTTI, Francesco. **Arte del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1948. P. 52-53)

¹⁷⁴⁶ La separazione netta del "diritto" dai fatti è un'utopia infelice. Basti considerare che la teoria della norma giuridica è tradizionalmente costruita sul concetto di "fattispecie", che inevitabilmente ci riporta al fatto, ad un fatto tipizzato e descritto nei suoi termini astratti, rispetto al quale vanno "sussunti" i fatti concreti che la realtà genera quotidianamente. Ma i principi – tutti i principi, non solo quelli costituzionali – sono enunciazioni che tendono a sottrarsi all'obbligo di specificare la "fattispecie": in ciò consiste la principale differenza tra i principi e le regole. (BIN, Roberto. **Il fatto nel diritto costituzionale** Disponível em: <<http://www.robortobin.it/ARTICOLI/Catanzaro2014.pdf>> Acessado em:30/01/2018. P. 30 e segs. P. 9-12)

Direito, como se fosse um troféu que seja conquistado em um campeonato fechado. No entanto, as partes adquirem maior espaço no cenário público, e elas como cidadãos ativos acabam por definir ativamente a litis em um jogo processual. Os motivos ou as necessidades desse contrabalanço, definido estruturalmente junto ao Código, projetam funções que contrabalançam aos desequilíbrios entre as partes - e, em particular, aos impactos reguladores-distributivos das decisões judiciais em casos-problemas dimensionados a função processual que delimita critérios para julgar a proporção adequada dos poderes processuais reservados aos juízes e às partes.¹⁷⁴⁷

A decisão preenche antes de tudo uma função social delimitada com o ato de composição da lide e responde essencialmente aos interesses das partes, antes de ser um elemento da função soberana do estado para fazer justiça. O juiz é uma instituição social antes do Estado Ativo-Responsivo. Quando as partes pretendem e são julgados, a estabilidade do resultado do processo é protegida ao mais alto grau e goza de cobertura constitucional, não

¹⁷⁴⁷Es innegable que estamos en un momento de transición procesal, y por tanto de mucha tensión entre la tradición y la innovación. El activismo procesal de los jueces (habilitado legalmente por los criterios de Halabi, o por el peso de razones pragmáticas y/o de justicia) está permanentemente en tensión con las reglas del proceso tradicional. Pensadas para procesos bipolares, estas reglas no sólo subsisten en nuestros códigos de procedimiento, sino también en la conciencia práctica del campo jurídico, y encarna importantes preocupaciones normativas. Entre ellas, la más destacada es la de la preocupación por la imparcialidad judicial con la que se supone los jueces arbitran entre dos polos contrapuestos. ¿Hasta qué punto es imparcial un juez con tantas libertades para guiar y definir el caso? (...) El activismo procesal del juez estuvo guiado por la necesidad de garantizar el derecho de defensa de los demandantes innominados anoticiándolos del debate judicial sobre una cuestión que los afectaba, abriendo - además- su participación en él. La recusación del juez fue claramente el producto de las tensiones que se originan entre las razones que impulsan a un juez frente a este tipo de casos, y las preocupaciones procesales propias de la lógica bipolar. Sintomático de las tensiones de la transición procesal en que estamos, resulta el hecho de que poco tiempo después, el tipo de medida de oficio tomada por el juez fue expresamente admitida por la ley general de ambiente. De la misma manera que un sociólogo o un politólogo modifican la caracterización de los relatos de nuestros conflictos cotidianos, como si éstos fueran meras instancias de un relato más general, así podría percibirse el activismo procesal de los jueces en la definición de la litis estructural. Cuando lo hacen, las exigencias pragmáticas y de justicia distributiva los llevan, inevitablemente, a entrar en tensión con la conciencia práctica de la tradición procesal. El litigante profesional sabe por experiencia que, en la práctica, los jueces nunca son tan pasivos en la construcción de la litis (como los axiomas del principio dispositivo del litigio bipolar harían presuponer). Los términos de la admisibilidad formal de la demanda, la interpretación de las reglas procesales de admisión y valoración de la prueba, la aplicación de plazos, la posibilidad de recursos, la admisibilidad de incidentes, etc., son todas instancias cruciales en la construcción de la litis que presuponen una actividad evaluativa de los jueces, aún en un marco rígidamente reglado. A veces, esas decisiones procesales son más cruciales para determinar el perfil del conflicto que la petición y la defensa misma. La exégesis activa del juez en estas instancias es innegable. De manera que los cánones de la tradición procesal han estado en tensión con la realidad ya desde mucho antes. Quizás las nuevas facultades procesales que los jueces asumen abiertamente en la actualidad, sólo vienen a terminar de desnudar la ficción de su imparcialidad arbitral; a descartar, de una vez, la idea del derecho de defensa como un derecho al monopolio en la instauración del conflicto judicial; a apartar, en fin, esa concepción falaz de las facultades dispositivas de las partes, que se pretende potestad para apropiarse del significado del derecho, como si fuera un trofeo que se gana en un campeonato cerrado. En síntesis, 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. Las razones pragmáticas y/o de necesidad de un contrapeso frente a los desbalances entre las partes -y, en particular, frente a los impactos regulativos-distributivos de decisiones que se toman en casos estructurales- podrían funcionar como criterios para juzgar la proporción adecuada de las facultades procesales reservadas tanto a los jueces, como a las partes. (PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.329 p. Tesis Doctoral. P. 250-253)

simplesmente para o Estado, mas porque tem-se o interesse da parte vitoriosa (e também da parte mal sucedida, para não ser mais o destinatário de outras reivindicações do contraparte, dentro dos limites objetivos do acórdão). A autoridade do que é julgado no setor civil, bem como outras situações que levam ao fim do relacionamento, é, em princípio, protegido pela Constituição, no interesse da proteção da certeza e confiar que deriva da garantia do Estado Ativo-Responsivo, não só nas comparações de ações legislativas subsequentes pelo legislador, mas também contra elas de declarações subsequentes de não conformidade com as regras aplicadas pelo tribunal. A regra da lei significa, por um lado, o efeito benéfico do poder exercido na forma legal. A regra da lei significa, por outro lado, também um limite imposto pela lei ao poder. O juiz está dentro desses limites que a lei impõe no poder: poder as partes, o poder do juiz, o poder de terceiros, o poder do legislador, o poder do Tribunal Constitucional declarando a inconstitucionalidade da norma com base do qual o juiz. Mas a solução para uma intangibilidade indiscriminada do juiz parece muito rígida.¹⁷⁴⁸

A teoria clássica da Ciência Processual incide junto à diferença existente ente *mérito* (objeto do processo - é a questão de direito que gera a congruência incidida na motivação da sentença) e a *lide* (objeto do debate processual - são as questões de fato, aqui opera a fundamentação), porém o fenômeno conflitológico de interesses (ou, o fenômeno conflitual) exerce uma fusão de horizonte no tocante ao jogo dialético-dialogal processual, rompe-se com a rígida formação do objeto processual formal podendo ser formulado por pretensões e pode ocorrer em uma absorção normativa dos fenômenos sociais que emergem no cunho social com

¹⁷⁴⁸In effetti il giudicato è un aspetto connaturato alla funzione sociale dell'atto di composizione della lite e risponde essenzialmente all'interesse delle parti, prima di essere un elemento della funzione sovrana dello Stato di rendere giustizia. Il giudicato è, si potrebbe dire, una istituzione sociale prima che statale. Quando le parti domandano ed ottengono un giudicato per la tutela dei loro diritti, la stabilità del risultato del processo è protetta al massimo grado e gode di copertura costituzionale, non per una ragion di Stato, ma perché ciò realizza l'interesse della parte vittoriosa (e anche della parte soccombente a non essere più destinataria di ulteriori pretese della controparte, entro i limiti oggettivi del giudicato). L'autorità di cosa giudicata nel settore civile, al pari di altre situazioni che determinano l'esaurimento del rapporto, è in via di principio protetta dalla Costituzione, in funzione di tutela della certezza e affidamento che discendono dalla garanzia dello Stato di diritto, non solo nei confronti di successivi interventi retroattivi del legislatore, ma anche nei confronti di successive dichiarazioni di incostituzionalità delle norme applicate dal giudice. Stato di diritto significa, da un lato, effetto utile del potere esercitato in forma giuridica. Stato di diritto significa, dall'altro lato, anche limite imposto dal diritto al potere. Il giudicato rientra fra questi limiti che il diritto impone al potere: al potere delle parti, al potere del giudice, al potere dei terzi, al potere del legislatore, al potere della Corte costituzionale che dichiara l'incostituzionalità della norma sulla base del quale il giudice. Ma la soluzione di una indiscriminata intangibilità del giudicato appare troppo rigida. In un ambiente in cui si afferma il bilanciamento delle garanzie costituzionali le une con le altre, perché mai la garanzia costituzionale del giudicato non dovrebbe poter essere bilanciata? E se al giudicato non è stata data ancora esecuzione al tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale si potrà tollerare un'esecuzione forzata contro costituzione? Non la tollera per esempio l'ordinamento tedesco, ove si prevede che, se la decisione non è stata ancora eseguita, l'esecuzione forzata non è ammessa e la dichiarazione di incostituzionalità può fondare l'opposizione all'esecuzione ai sensi del § 767 ZPO (cfr. il già citato § 79, comma 2 BVerfGG). (CAPONI, Remo. **La crisi del giudicato**. Intervento al XXX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile su La crisi del giudicato, Muravera (Cagliari), 2-3 ottobre 2015. P. 7-8)

enorme complexidade. Isso dimensiona-se em pretensões subjetivas, as quais aderem um plano interpretativo hermenêutico, pois faz-se com que possibilidade um direito novo com sua gênese aderida ao fenômeno.

A constituição na pós-hiper-modernidade tem um papel relevante para a hermenêutica filosófica: ela ultrapassa o direito subjetivo criando uma atmosfera de direito subjetivo constitucional, que ganha contornos normativos, cingindo regras de princípios. Isso revela a importância da interpretação dos sujeitos em sociedade e o texto adquire relevo aos fenômenos fáticos, pois, amplamente, pelo acesso a justiça o Judiciário passa a ser o palco do debate dos fenômenos conflituais, tendo poeticamente virtualidade de metáforas vivas, tentando alcançar as humanidades criadas pela artificialidade constitucional, toando o homem de sua existência.

Essa visão do objeto processual amplia em um sem número de possibilidades no tocante ao alcance do objeto processual, adquire este uma virtualidade aderente de ultrapassar os limites do objeto do processo formal¹⁷⁴⁹, também evidenciando diversos objetos em um só objeto.¹⁷⁵⁰

¹⁷⁴⁹Objeto virtual de un proceso civil es aquello sobre lo que no tiene por qué proyectarse la actividad de las partes y del tribunal en el correspondiente proceso, pero que, sin embargo, en relación con otros procesos, valdrá como objeto procesal o tendrá la virtualidad de éste. Así, pues esta virtualidad o eficacia se despliega ad extra o trascendentemente, es decir, hacia afuera del proceso mismo, cuando se trata de establecer si el objeto de varios procesos es el mismo o si el de uno de ellos comprende el de un proceso distinto, aún pendiente o ya terminado. Es asimismo relevante cuando interesa establecer si entre los objetos de varios procesos existe conexión, a efectos de acumulacion de procesos. El objeto virtual del proceso civil viene determinado, respecto del objeto principal y del accesorio (excepciones materiales), por los sujetos, el petitum y, finalmente, por todos los hechos y todos los fundamentos o títulos jurídicos que se hubieran podido aducir, aunque de hecho no se hiciesen valer, en un determinado proceso. Cuando se trate de decidir si procede, sobre todo, la litispendencia y la cosa juzgada – pero también, como hemos dicho, la acumulación de procesos – habrá que atender al objeto virtual del proceso de referencia. Para la identificación del objeto virtual han de tomarse también en consideración los excepcionales casos, en que, pese a no ser los sujetos física o realmente los mismo, jurídicamente se les considera idénticos. El concepto de objeto virtual del proceso se funda en rationes iuris muy poderosas, que ya han sido mencionadas, pues son las que satisfacen con acerto las raznables finalidades. A su vez, esas finalidades son nucleares de diversos institutos jurídicos relacionados con el objeto del proceso. Los recordaremos: litispendencia, cosa juzgada, acumulación de procesos. Por esas rationes y para esas necesidades, no sólo lo que efectivamente es objeto de un proceso en ese mismo proceso vale como objeto del proceso si se trata de comparar los objetos de varios procesos distintos. Desde hace tiempo, no han faltado autores ni resoluciones judiciales (sentencias, sobre todo) que, aun sin establecer la distinción entre objeto actual y objeto virtual, ha reconocido que el objeto de un proceso, al compararlo con el de otro, superaba lo que de hecho había sido debatido, juzgado y decidido e incluso – a efectos de función excluyente de la listispendencia – lo que estaba siendo debatido y había de ser juzgado y decidido. (SANTOS, Andres de la Oliva. **El Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil**. Madrid: Civitas, 2005. P. 78-79)

¹⁷⁵⁰La identificació de qüestió principal i petitum palesa l'existència d'un lligam entre la noció de qüestió principal i la de l'objecte del procés civil. És sabut que les postures doctrinals sorgides entorn del contingut de l'objecte del procés civil són diverses, sense que s'hagi assolit encara, al respecte, una opinió pacífica i unànime. No és aquest treball d'investigació el lloc adequat per una anàlisi profunda del tema ateses la finalitat del nostre estudi i la desmesurada extensió que, de no ser així, aquest adquiriria. No obstant això, a efectes expositius i arran del lligam abans esmentat, exposarem molt breument què entenem per objecte del procés civil. Considerem, juntament amb un sector de la doctrina, que l'objecte debatut en el procés civil es singularitza per dos factors, la petició i la causa que l'origina. El primer d'aquests factors és el petitum o element objectiu tal com ha quedat definit línies enrere. El segon, es la causa petendi o element causal, que la doctrina configura com l'aconteixement o conjunt d'aconteixements de la vida real que originen la petició de l'actor, considerant com a tals aquells que la individualitzen, és a dir, no els fets que la justifiquen o la fonamenten, sinó aquells fets que delimiten la petició, que la distingeixen de les altres, que fan que aquella petició i l'objecte del procés sigui aquell i no un altre. L'element

O aprisionamento delimitador do objeto do processo formal, enquadra o sistema processual de uma anacronismo formalista, devendo ser aceitos os demais objetos pelo objeto do processo substancial aderente de possibilidades hermenêuticas para com a ampliação do mérito.

Os contextos fenomênicos fáticos em pleno movimento de um estar-aí ontologicamente postos a ontologia fundamental, que revela o ser-ai junto à mundaneidade e fazem com que o Processo dinamize o texto legal construído artificialmente para desvelar o fenômeno conflitual, dando amplitude de uma hermenêutica filosófica ao texto pela filosofia prática, adequando o texto Constitucional ao Processo desvelador do contexto abordado pelo fenômeno fático, encontrando frente ao jogo processual de perguntas e respostas os horizontes de verdade que comporão as linhas tênues hermeneutizadas na literatura poética denotada na decisão judicial: *”La vera novità del diritto attuale – è stato scritto – è che oggi, in luogo della ‘regola’ (di cui sono in crisi tanto i contenuti quanto l’interpretazione), ad essere posto al centro è il ‘fatto’, vera ragion d’essere del fenomeno giuridico. Ed è ciò che consente di intendere l’interpretazione come ricerca attiva e dinamica «della soluzione normativa adeguata ai casi vitali da disciplinare giuridicamente».*”¹⁷⁵¹

É impossível fazer a *cisão entre compreender e aplicar*. Esta cisão não passa de um dualismo metafísico, pois interpretar e dar sentido (*Sinngebung* - é, agora, produtiva - o intérprete sempre atribui sentido), e não reproduzir sentido (*Auslegung* - não e mais reprodutiva - o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”), tome por consequência, que o *acontecer da interpretação (Auslegung-Sinngebung)* ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque *compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos*¹⁷⁵², afirme-se que existe uma inesgotabilidade do sentido que constitui-se no fundamento filosófico da hermenêutica, porquanto, se houvesse unicidade de sentido, nem mesmo sentido haveria. Tampouco interpretação¹⁷⁵³. *Compreender é, pois, aplicar*. Filosoficamente, ao menos *depois da invasão da filosofia pela linguagem, não é possível separar interpretação e aplicação*. O sentido não se descola do âmbito da compreensão¹⁷⁵⁴.

subjectiu, per tant, no integra l'objecte litigiós, sinó que simplement el localitza en la mesura que indica les persones concretes a les quals afecta. (QUEROL, Núria. **La Prejudicialitat en el Procés Civil**. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. 603 p. Tesi Doctoral. P. 20-21)

¹⁷⁵¹SOLIDORO, Laura. **Il Giudice e il Fatto: Nuove Suggestioni del Pensiero Vichiano**. Disponível em: <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2014/contributi/2014_Contributi_Solidoro.pdf> Acessado em: 30/01/2018. P. 19.

¹⁷⁵²STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 467 e 277-278.

¹⁷⁵³FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1º Ed. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 244.

¹⁷⁵⁴Aqui parece não ter sido bem compreendida a tese (central) gadameriana da applicatio, pela qual interpretar e aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, “em toda leitura tem lugar

Como consequência da pretensão a tutela jurídica, o Estado-Juiz Ativo-Responsivo é obrigado a fornecer uma resposta a demanda mesmo na ausência de uma norma expressa para o caso, uma vez que não é admitido o *non liquet* em casos evidentemente complexos em que o Legislador não alcança o caso-problema e nem lhe tem previsão normativa, cabe ao juiz sua elaboração, a partir de princípios constitucionais e explorando hoje fonte de interpretação que possam ser úteis para se sustentar a conclusão. É na administração da justiça que se realiza a unidade entre interno e externo, entre consciência jurídica da sociedade civil e a abstrata formulação do direito. O juiz, portanto, pode aparecer ao mesmo tempo parte da dimensão da estrutura "imperial", da qual ele aplica a lei, e parte da sociedade civil e de seu "sentimento coletivo": é intérprete tanto de um como de outro, fruto da sua responsabilidade social. O juiz concorre a dar voz à função *jusgenerativa* da sociedade e de seus componentes, porque na interpretação não existe apenas a contraposição de texto e significado, de disposição e de norma, mas também entre poder e sociedade civil, entre texto e contexto.¹⁷⁵⁵

No reconhecimento - em qualquer caso-problema - em favor de que a demanda produza o efeito preterido é reduzida no que se refere apregoa-la dedutivamente a regra geral - com base ao qual o critério do julgamento que o Estado-Juiz deve seguir "é, em regra, aquele que é representado pelo Direito Objetivo - o poder do juiz de aplicar qualquer norma emergente do sistema jurídico, sem a necessidade a previa invocação por parte do autor."¹⁷⁵⁶ o que se apregoa ao direito objetivo processualizado, que transforma fatos da vida trazidos ao processo para

uma aplicação" (Gadamer). Quando Gadamer diz isso, ele não está se referindo a aplicação da lei ou a aplicação judicial. Mais do que isso, a *applicatio* não significa, como se poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 119)

¹⁷⁵⁵Nel sistema italiano ci si può rivolgere al giudice esclusivamente per ottenere il riconoscimento di un diritto, l'estensione o un rafforzamento della sua tutela: il ricorso al giudice dà voce ad una pretesa di espansione del diritto individuale, altrimenti mancherebbe l'interesse ad agire. Il giudice è tenuto a fornire una risposta alla domanda anche in assenza di una norma espressa per il caso, non essendo ammesso il *non liquet*. Negli *hard cases*, che sono tali perché la legislazione vigente non fornisce un'espressa «norma del caso», spetta al giudice elaborarla, partendo dai principi costituzionali e sfruttando ogni fonte di argomentazione che possa essergli utile a sostenere la conclusione. Come osservava già Hege, nell'amministrazione della giustizia si realizza l'unità tra interno ed esterno, tra coscienza giuridica della società civile e l'astratta formulazione della legge. Il giudice, quindi, può apparire allo stesso tempo parte della dimensione della struttura "imperiale", di cui applica la legge, e parte della società civile e del suo «sentire collettivo»: è l'interprete tanto dell'una quanto dell'altra. In ciò il giudice concorre a dar voce alla funzione *jusgenerativa* della società e delle sue componenti, perché nell'interpretazione non c'è soltanto la contrapposizione di testo e significato, di disposizione e di norma, ma anche quella tra potere e società civile. (BIN, Roberto. **Il fatto nel diritto costituzionale** Disponibile em: <<http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Catanzaro2014.pdf>>Accessado em:30/01/2018. P. 30 e segs. P. 9-12)

¹⁷⁵⁶Al riconoscimento – in ogni caso – a favore di chi domanda dell'effetto richiesto, si riduce, a ben guardare, la presa di posizione della dottrina che pretende dedurre dalla regola generale – in base alla quale il criterio di giudizio che il giudice deve «seguire» è, di regola, quello rappresentato dal diritto oggettivo – il potere del giudice di applicare qualsiasi norma emergente dall'ordinamento, senza che sia necessaria la sua previa invocazione da parte dell'attore. (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 20-21. P. 162)

debate em direito.¹⁷⁵⁷ A participação judicial assume um novo significado: se torna menos passiva e submissa e se estende para a elaboração e interpretação de políticas.¹⁷⁵⁸

5 - Princípio da Congruência: Flexibilização da Congruência e Incongruência: da discricionariedade e da arbitrariedade como seus núcleos de sentido

Nel processo dialletico la sentenza ‘e la conseguenza, incerta fino ala fine, dell’andamento del processo: nel processo totalitario l’andamento del processo ‘e la conseguenza della sentenza gia certa fin da principio.¹⁷⁵⁹

O princípio dispositivo ressignificado por uma visão que estabelece uma nova base filosófica ao processo civil, por consequência, transcende seus efeitos aos demais institutos processuais, dando novos contornos ao princípio da congruência processual, a fim de readequá-lo ao paradigma científico da complexidade.

Em decorrência da prevalência do princípio dispositivo (partes delimitam os contornos do julgamento) no processo civil, há dever de congruência (adstrição do juiz ao pedido), demonstrando assim que a congruência processual é responsável por vincular o juiz ao objeto do processo. Nos termos do que foi visto nos títulos anteriores (2 e ss.) o princípio dispositivo exige que as partes delimitem os fatos no objeto do processo e que o Estado-Juiz, por sua vez, dê o direito a partir dos fatos trazidos no objeto do processo; ou seja, o objeto do processo é tido de forma rigidamente dedutiva: a norma, delimitada pelo juiz. Sofre os efeitos nocivos dessa lógica matemática também a construção probatória, evidenciada de forma rígida ao que foi alegado como fatos.

¹⁷⁵⁷Por otra parte, soy de aquellos que piensan que el Derecho es mucho menos la obra del legislador que le producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos; poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil, se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba. Puedo, pues, hablar de las transformaciones del Derecho, y en particular del derecho privado, y en particular del derecho privado, sin entrar en el detalle de las leyes positivas nuevas, desde la Declaración de los Derechos del hombre y el Código de Napoleón, en los países cuya legislación positiva se compone todavía de textos que se inspiran en principios formulados en estos dos actos, y creo poder decir que, a pesar de las diferencias de detalle y de las divergencias de redacción, son todos los países americanos y europeos que han llegado al mismo grado de civilización, y en todo caso, todos los países de origen latino. (DUGUIT, Leon. Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. 2ª ed. Madrid: Príncipe. P. 19-20)

¹⁷⁵⁸NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 148.

¹⁷⁵⁹CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 681.

O princípio dispositivo, por sua filosofia clássico-liberal, tem como objetivo no processo civil transformar a decisão judicial em mera declaração, numa mera atividade subsuntiva, numa verificação do direito preexistente, devendo sua decisão apregoar-se congruentemente aos fatos postos pelo princípio da iniciativa e, ainda, justificando essa incidência norma aos fatos na motivação da decisão, onde será analisado se o Estado-Juiz não atuou de maneira criativa.¹⁷⁶⁰ Há casos, por outro lado, que ocorre situação antagônica à exposta: como a subsunção das normas aos fatos é muitas vezes falhas (como dito, o mundo não é uma operação matemática), ao Estado-Juiz é reconhecido um grau de discricionariedade. Essa discricionariedade, porém, por centrar-se demasiadamente na jurisdição, esquecendo-se do processo, acaba dando espaço para que o Estado-Juiz atue mediante filosofia da consciência. Há duas facetas negativas e extremas de como atua, na atualidade, o Poder Judiciário.

Conforme foi visto, a ideia de Estado¹⁷⁶¹ inaugura uma nova fase de consideração do direito, pois o direito passa a ser elemento do pacto que os cidadãos estabelecem para viver as diferenças – o liberalismo é uma das muitas propostas ao pluralismo – e sua principal preocupação é o *consenso* político, com vistas à ignorar os conflitos e tratá-los como enfermidade social.¹⁷⁶² O direito que o Estado reconhece, salienta-se, está do lado do indivíduo, e não do grupo, tornando-se uma fonte de proteção, de amparo, ao indivíduo, frente a qualquer forma de *arbitrariedade* “... *lo que hace posible que en las sociedades contemporáneas se hable de derechos civiles, humanos, étnicos y de todo tipo.*”¹⁷⁶³

¹⁷⁶⁰BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L’adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit. P.129.

¹⁷⁶¹[...] o Estado Moderno, concebido por Hobbes e pelos demais filósofos contratualistas dos séculos XVII e XVIII haveria de ser uma organização política sem qualquer compromisso religioso ou filosófico, em última análise, uma organização neutra e superior às sangrentas disputas ideológicas que até então haviam tornado precária a insegura convivência política – é a estritíssima relação entre o conceito SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.111)

¹⁷⁶² Ya no se trata de obedecer el mandato del soberano: se trata de acatar la Ley como elemento constitutivo del pacto que los ciudadanos establecen para poder vivir en la diferencia. En este sentido, el liberalismo representa una, de las muchas, propuestas que buscan responder al desafío del pluralismo. Su principal preocupación la constituye el consenso político básico que asegura que todos los ciudadanos con iguales libertades, con independencia de su origen cultural, convicciones religiosas y formas individuales de vida, tengan oportunidades para el desarrollo de un proyecto de vida autodeterminado. ¿Qué significa esto? Que la autodeterminación, la posibilidad de autoentendimiento de las acciones propias, es lo que da pie a la posibilidad de la justicia em un contexto en donde las diferencias nos separan profundamente. Nos encontramos frente a la apuesta ilustrada de la autonomía individual que, como ya lo he dicho, emerge como una abstracción que hace posible el derecho. (TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical**. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofía. P.17)

¹⁷⁶³ TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical**. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofía. P.18.

A filosofia liberal, ao proteger a liberdade, ao mesmo tempo teme a arbitrariedade e o abuso, evitando assim as revoltas sociais que efervescem com a união de pessoas por uma mesma causa.¹⁷⁶⁴ Por isso a matematização da vida em normas jurídicas (Lei). Nesse sentido inaugura-se o princípio da congruência como respeito às formas delimitadas pelas partes, sendo que qualquer medida para ultrapassar essa perfeita forma é tida como nociva: é possível compreender porque a *arbitrariedade* ou a *discricionariedade* são vistas com receio pela sociedade, pois atingem o núcleo da segurança jurídica. Desse modo, a congruência possui conexão direta com a *segurança jurídica*, pois garante que a decisão judicial, além de refletir a subsunção, será proferida nos limites do que foi exposto pelo processo (juiz burocrata¹⁷⁶⁵).¹⁷⁶⁶

A congruência é considerada pelo conceito do que denominamos *congruência interna* (congruência em seu aspecto formal – dogmática apregoada ao direito subjetivo – função jurisdicional delimitada pelo *ius dicere*) e destina-se a realçar o que foi determinado como objeto do processo e sua relação com a motivação da decisão, expondo a qualidade jurídica do que foi preterido.

Para compreender a nova expressão do princípio da congruência processual, perpassa-se por este a constitucionalização do direito, dado que a colaboração reativa das partes¹⁷⁶⁷ é o

¹⁷⁶⁴ Es decir, el liberalismo protege la libertad al mismo tiempo que teme a la arbitrariedad y al abuso que puede darse en aras de una dictadura de las mayorías o, en otras palabras, cualquier tipo de fenómeno totalitario que ponga en peligro la libertad individual (TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical.** Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofia.P.16)

¹⁷⁶⁵Na verdade, a neutralidade do juiz é mais uma consequência, ou um reflexo, da neutralidade do Estado, como um dispositivo “técnico” capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que uma tal concepção pressuponha, abrigar em seu seio as mais variadas e contraditórias correntes de opinião. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.111)

¹⁷⁶⁶ A exigência de segurança jurídica é revelada pelo mito da neutralidade do juiz e pela ordinaryidade. O primeiro tem relação com o predomínio da segurança sobre a justiça (pela lei ou pelos precedentes), suprimindo qualquer preocupação com a eventual injustiça material. A ordinaryidade, por sua vez, é responsável pela supressão das ações executivas, as quais tornam-se condenatórias: não haveria maneira de garantir a neutralidade do juiz se este fosse dotado de possibilidade de conceder medidas liminares; ou seja, exorbitaria o poder que a ordem jurídica estatal garantia ao juiz pela possibilidade de realizar tutela processual a quem a lei não atribuiu direito algum. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P.105-106)

¹⁷⁶⁷Sin embargo, el postulado de la congruencia adquiere particular relevancia por su correlación con el principio de bilateralidad (o garantía constitucional de la defensa en juicio) pues si la pretensión o los hechos no han sido materia de debate, prueba y contralor por la contraria, el juez afectaría -en principio- la garantía de la defensa al pronunciarse sobre una pretensión no deducida o sobre hechos ajenos al proceso o si condenara a quien no ha tenido oportunidad de defensa y prueba. No obstante ello, es menester advertir que la misión del juzgador es asegurar la efectividad del derecho en su integridad, así como de las garantías constitucionales en su conjunto, mandato que impone, en algunas situaciones, flexibilizar la congruencia (vale decir, hacer una excepción a este postulado), siempre que se asegure la bilateralidad, con el objeto de acordar una solución mejor y más justa al conflicto, preservando así otras garantías vinculadas al debido proceso adjetivo. Ahora bien, un análisis de los reparos que se formulan a esta propuesta por quienes se oponen a toda flexibilización de la congruencia permite advertir que se basan, implícitamente, en alguna de las siguientes premisas: o bien a) que la congruencia resulta inherente e inescindible de la garantía de la defensa, erigiendo a la primera en principio esencial al debido proceso,

reflexo das projeções da democratização da democracia a democracia participativa, politizando os debates normativos junto ao processo e efetivando a ultrapassagem da *Jurisdição ao Processo*. A congruência absorve a constitucionalização do direito, havendo uma superação do tema da congruência processual em sua versão clássica.¹⁷⁶⁸

Com efeito, procuramos realçar a existência, ao lado da congruência interna, da denominada *congruência externa*. A partir da concepção desse conceito, ocorre a flexibilização da congruência e a possibilidade de haver incongruência¹⁷⁶⁹: ambas nascem pelo princípio *iura novit curia* – processo como gênese do direito, representando assim perfil *contradogmático* através da noção da função jurisdicional como *ius facere*.

A congruência externa diz respeito às condições de desenvolvimento dialético dos debates evidenciados junto ao jogo processual, desenvolvendo-se em um objeto do debate processual, o qual justifica-se no tocante ao princípio do contraditório constitucional e, mais precisamente, pela colaboração reativa.

Concebimos pues la interpretación como una mediación dialógica de los interlocutores y sus interlocuciones no neutralizados, divididos o restados, ni aún siquiera subsumidos o meramente sumados, sino complicados, multiplicados o asumidos múltiplemente (lo cual funda precisamente el pluralismo intrínseco a una hermenéutica interpretativa plural). Sólo así la interpretación deja de ser fotocopia de lo dado cósicamente para revertir en fotomontaje de la dación interhumana del sentido.¹⁷⁷⁰

o b) que el sistema procesal debiera ser dispositivo a ultranza para satisfacer los postulados de la Constitución. (...) Con relación a la primera premisa, el mero análisis de algunas normas procesales que prevén formas excepcionales de flexibilización subjetiva (vgr. arts. 96 CPCCN: condena al tercero de intervención provocada) o fáctica (art. 163 inciso 6, último párrafo, CPCCN: meritación de hechos sobrevinientes), evidencia que puede flexibilizarse la congruencia y, simultáneamente, respetarse la garantía de la defensa, haciendo ostensible que se trata de aspectos separables. Con respecto al segundo presupuesto de la tesis negatoria, no cabe sino reconocer que un ajuste estricto y absoluto a la congruencia es el que mejor compatibiliza con un sistema dispositivo intransigente. Sin embargo ningún régimen procesal vigente en el país es dispositivo de manera absoluta, ni tampoco el dispositivo integra el sistema de garantías adoptado por la Constitución Nacional, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006)

¹⁷⁶⁸Así encontramos una posición sólida que aporta el argumento de la necesaria congruencia procesal entre la pretensión propuesta y la respuesta del juzgador frente al petitorio planteado, hasta la determinación de una nueva propuesta- la que nos permitimos sustentar- en el sentido de resolver los conflictos bajo cánones que superan el tema de la congruencia procesal en su versión clásica, para responder, bajo la premisa de la aplicación del enunciado constitucional de la tutela urgente, a las pretensiones sobre derechos fundamentales, invocando inclusive las líneas jurisprudenciales del principio de elasticidad que contempla el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (GUTARRA, Edwin Figueroa. Rompiendo a la Congruencia Procesal: Apuntes acerca del Principio de Elasticidad en sede Constitucional. *Gaceta Constitucional*, tomo 28, 2010, Pp.121-142)

¹⁷⁶⁹Nesse sentido, ver: VECCHIO, Gianfrancesco. *Incongruenze e disapplicazione della legge nella giurisprudenza civile e dintornidi*. Bellaria: Libellula Edizioni, 2017.

¹⁷⁷⁰De todas formas, la interpretación como mediación de los contrarios tiene el peligro de ser considerada como un mero equilibrio o equilibramiento de los opuestos de carácter conservador. Por ello queremos acentuar aquí, recogiendo el espíritu nietzscheano, la recreación que toda auténtica interpretación aearcea en cuanto transposición y transmutación de lo interpretado. Con ello replanteamos una Hermenéutica creativa gu€, tras asumir el texto o contexto en cuestión, apunta una nueva perspectiva original, ür mattz inédito o una nueva apertura

A congruência externa ganha forma com a fundamentação da decisão e com a incidência na responsabilidade sociopolítica externada com efeitos de criação do direito.¹⁷⁷¹ Diante da harmonização da dualidade entre liberdade e igualdade processual, as partes constroem o Processo como vocação de nosso *tempo*, e nele politizam-se debates influenciadores de normas individuais. Ocorre o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses, construído/desconstruído pela compreensão hermenêutica junto ao jogo processual, evidenciando a importância de conceitos como a “flexibilização da congruência”¹⁷⁷², ou de

de sentido. Si el criterio de la Hermenéutica mediadora es la corrección, el criterio de la Hermenéutica recreadora es la aportación, apertura y positivación de lo dado en negativo (recuperando así la verdad como revelación o aletheia). Una tal interpretación positiva o aportativa es una interpretación ameliorativa que expande la divisa de F. Schleiermacher sobre la interpretación como mejoramiento de lo interpretado: lo que por cierto nos remite posrománticamente al amor como donación de sentido y paradigma de semejante mejoramiento. En la estela nietzscheana la auténtica interpretación es una transfiguración de lo interpretado capaz de sonsacar el almao de lo real amorosamente. Así pues, la interpretación como interposición o intercalación comprensora de los opuestos adquiere un sentido de dramaticidad y ambivalencia por cuanto situada/sitiada entre los contrarios. Pero esta ambivalencia hermenéutica resulta fructífera ya, de acuerdo con la psicología de C.G. Jung, hay una ambivalencia positiva o salvadora, liberadora o mejoradora, abridora y no ocluidora, proyectiva o recreadora y no fijadora y dogmatizadora. (OSÉS, Andrés Oniz. **Amor y Sentido: Una hermenéutica simbólica**. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. P. 23-24)

¹⁷⁷¹GANUZAS, Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valencia: Lex Nova, 2000. P. 31 e segs.

¹⁷⁷²1. Flexibilización de la congruencia objetiva: a) Constituye una excepción legislada al principio de congruencia la discrecionalidad del juez en materia cautelar que prevé el art. 204 CPCCN., quien puede disponer una medida cautelar diferente de la solicitada (o limitarla), teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger, para evitar perjuicios innecesarios al afectado por la medida (extra petita). Similar discrecionalidad o flexibilización de la congruencia objetiva se encuentra consagrada en el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires de Morello, Arazí, Kaminker y Eisner y en el Anteproyecto de Código para la Ciudad de Buenos Aires, que al regular las Medidas autosatisfactivas (o de efectividad inmediata) en su artículo 67, “in fine” reza: “Se podrán disponer las medidas las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionante”. b) La posibilidad de fallar ultra petita, que establece el art. 56 de la ley 18.345 de Procedimiento laboral: “Los tribunales podrán fallar ultra petita, supliendo la omisión del demandante”, disposición que se funda en el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, que consagra el art. 12 de la ley de Contrato de Trabajo (20.744). La férrea limitación que proviene del principio de congruencia [...] puede colisionar, como señala Berizonce, con ciertos derechos legalmente irrenunciables, estatuidos por reglas imperativas de orden público (derechos sociales, en general), cuando por error o ignorancia o estado de necesidad no son reclamados en la demanda o son renunciados bajo presión de las circunstancias. Ante la colisión el régimen procesal laboral prevé expresamente la flexibilización. 2. Flexibilización de la congruencia subjetiva: Configura un supuesto de flexibilización de la congruencia la reciente modificación del art. 96, tercer párrafo, del CPCCN (ref. ley 25.488), que permite ejecutar la sentencia contra el tercero de intervención provocada (a quien el actor no demandó), en tanto no se invoquen restricciones puntuales al ejercicio de la defensa por parte del tercero citado. La inclusión del tercer párrafo de la norma citada no deja duda: la citación del tercero importa extender la pretensión contra el mismo, solución que permite condenar a quien no fue originariamente demandado. La misma norma se ocupa de compatibilizar tal flexibilización de la congruencia subjetiva con las garantías del debido proceso, al establecer que la resolución será ejecutable contra el tercero, “salvo que, en oportunidad de formular el pedido de intervención o de contestar la citación, según el caso, hubiese alegado fundadamente, la existencia de defensas y/o derechos que no pudiesen ser materia de debate y decisión en el juicio”. 3.- Flexibilización de la congruencia fáctica: Constituye una excepción a la congruencia la previsión contenida en el art. 163 inciso 6º CPCCN, que permite al juez hacer mérito en su sentencia de hechos no afirmados, producidos durante la sustanciación del juicio y que resulten de la prueba, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos, a los que la doctrina denomina “hechos sobrevinientes”. En efecto, el Código permite al juzgador considerar en la sentencia hechos relevantes (constitutivos, modificatorios o extintivos) no afirmados por las partes, que resulten de la prueba, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos (cfr.

art. 163 inciso 6º, último párrafo, del Código Procesal). El fundamento de la norma estriba en razones de economía procesal y de eficacia de la sentencia, permitiendo la actualización de las cuestiones fácticas que la sentencia está llamada a regular. Tal como señalé en un trabajo dedicado al análisis de esta norma, existen ciertos aspectos que merecen alguna reflexión, a saber: Se ha legislado tal excepción a la congruencia fáctica como una facultad del juzgador en el sentido de los poderes-deberes que prevé el régimen procesal. Vale decir, no consiste en una facultad discrecional sino en una potestad que debe ejercer el magistrado cuando se configuran las circunstancias previstas por la norma y que se correlaciona con los “deberes” legislados en el artículo 34 inciso 5º y con los “deberes y facultades ordenatorias e instructorias” que consagra el art. 36 del Código Procesal. La hipótesis prevista por la ley permite la consideración oficiosa en la sentencia de algún hecho distinto de los invocados en los escritos de constitución del proceso, que resulta de la producción de las pruebas (vgr: el agravamiento del estado de salud de la víctima de un accidente de tránsito que se incorpora a través de la práctica de la pericia médica y que modifica esencialmente la entidad del daño y la naturaleza de la incapacidad que padece). Por supuesto en estos casos de actuación oficiosa habrá necesariamente bilateralidad en la incorporación de este hecho al litigio pues la contraria tiene la posibilidad de ejercer el contralor de la prueba conforme las normas vigentes. En toda flexibilización debe prestar especial cuidado el magistrado en preservar razonablemente la garantía de la defensa. Tal exigencia, a mi modo de ver, se traduce en las siguientes condiciones de admisibilidad del hecho sobreviniente: a) Cuando es considerado oficiosamente por el juzgador el hecho sobreviniente que resulta de la prueba -en los términos que establece el artículo 163 inciso 6º del C.P.C.-, el juez debe evaluar que en la incorporación del hecho en el proceso haya existido bilateralidad y contralor por las partes. b) Cuando un hecho sobreviniente es verdaderamente relevante para el proceso y fuere invocado por alguna de las partes antes del llamado de autos para sentencia, no advierto que medien razones para disponer su desestimación liminar, pues su introducción a la litis -respetando siempre la bilateralidad- le permitirá al juzgador el dictado de una sentencia actual con relación a la realidad que debe regular. Sin embargo, en tal caso ya no se trataría de un caso de flexibilización de la congruencia, sino de una invocación incidental de un hecho que consolide, modifique o extinga el derecho, el que no supone una variación o cambio de demanda y por ello es admisible, no obstante lo dispuesto por el art. 331 del Código Procesal. c) Ahora bien, en tal supuesto será imprescindible que el juzgador valore la colisión que se produce entre ese interés, que hace a la solución actual de la controversia, y la economía del proceso. b) Flexibilizaciones de la congruencia en la segunda instancia: Además de los límites impuestos por el “*thema decidendum*” -idénticos a los aplicables a la sentencia de primera instancia- el conocimiento del tribunal de apelaciones se encuentra condicionado por la congruencia objetiva de segunda instancia, que resume el brocardico “*tantum devolutum quantum appellatum*” (que incluye la prohibición de la “*reformatio in peius*”), por la congruencia subjetiva de la alzada que resulta del sistema de la personalidad de la apelación, conforme el cual el recurso deducido aprovecha únicamente a la persona que lo ha interpuesto y finalmente por los hechos que fueron objeto del debate. Sin embargo también pueden identificarse flexibilizaciones a todas las formas de congruencia, a saber: Flexibilización de la congruencia subjetiva: Art. 89 del CPCCN: (Litisconsorcio necesario): Habida cuenta que la norma dispone que la sentencia no puede dictarse útilmente si no involucra a todos los litisconsortes necesarios, aún cuando no establece expresamente una excepción al principio de la personalidad de la apelación, la jurisprudencia ha entendido que, en virtud de la unidad valorativa que informa al tema, el recurso interpuesto por uno de los litisconsortes favorece aún a aquéllos que no apelaron. Consagra así una excepción a la congruencia recursiva, optando para ese supuesto por la comunidad de la apelación (Mattiolo), que reconoce raíces en los derechos romano y canónico, dando a la apelación un carácter objetivo de modo que aún quienes no apelaron la aprovechan. Flexibilización de la congruencia fáctica: Art. 277 CPCCN: “El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia.” La norma prevé expresamente la consideración por el juez de la apelación de los hechos sobrevinientes a la sentencia de primera instancia, norma que evidencia que el “*thema decidendum*” no debe quedar cristalizado, pues interesa al Estado que las sentencias resuelvan el conflicto a la luz de la realidad actual y no pasada. Flexibilización de la congruencia objetiva: a) Por aplicación del denominado principio de jurisdicción plena, pese a los límites impuestos por los agravios expresados al fundar la apelación, la jurisprudencia tiene decidido que las defensas oportunamente opuestas por la parte que no apela el fallo de primera instancia por serle favorable y que fueron desestimadas, quedan sometidas a la decisión del tribunal de segunda instancia en virtud de la apelación deducida por la contraria. Se entiende que ellas se encuentran implícitamente sometidas a la decisión de la Cámara. aún cuando no se las hubiere articulado al contestar los agravios de la contraria. De lo contrario el triunfo en primera instancia cercenaría la defensa del vencedor. b) Arts. 253 y 278 CPCCN: Ambas normas autorizan a que el tribunal de alzada se pronuncie originariamente sobre cuestiones involucradas en la demanda, que no fueron objeto de recurso ni de examen en primera instancia como consecuencia de haber prosperado una defensa del demandado (apelación: art. 278) o por haberse declarado la nulidad del fallo (art. 253). Es doctrina pacífica que el vencedor (por completo) en primera instancia no se encuentra legitimado para apelar, por lo que se encuentra impedido de llevar a conocimiento del ad quem los argumentos que hiciera valer en la instancia de origen y que fueron rechazados o no considerados por

el a quo. El tema cobra singular importancia cuando la alzada estima que debe revocar a sentencia apelada o cuando anula la sentencia, debiendo, entonces, volverse a fallar la causa. Se considera que media en tal hipótesis una “apelación implícita” que le permite al tribunal de alzada valorar los argumentos desestimados o preteridos por el a quo al confeccionar la sentencia a la postre revocada. c) La flexibilización de la congruencia en el ámbito del Derecho de Daños: Por aplicación del principio de indemnización integral de las víctimas, encontramos algunos casos de flexibilización de la congruencia objetiva en el Derecho de Daños, a saber: La posibilidad de acordar una suma indemnizatoria superior a la peticionada por un reclamo dependiente de prueba cuando se ha sujetado el pedido a “lo que en más o menos resulte de la prueba”. (ultra petita) El resarcimiento como “privación de uso de un vehículo” del reclamo formulado como “lucro cesante” –que se desestima por no hallarse probado- (extra petita) y, en general, el encuadramiento legal bajo otro rótulo de una pretensión por aplicación del principio “iura novit curia”, forma de flexibilización admitida desde siempre por la doctrina procesal, en tanto no se alteren los hechos afirmados por el justiciable y no se innove sobre los requisitos de la acción, expresiones que tienen por finalidad esencial, en definitiva, la de preservar la garantía de la defensa en juicio. Los referidos límites evidencian la aludida interacción entre el principio de congruencia y la potestad judicial de aplicar el derecho que se estime adecuado para decidir la controversia. El reclamo “implícito” de intereses: Caso “Matuk, Alicia S. c. Transporte Automotor Riachuelo S.A. y otro” (CNCiv., Sala M, 21/10/2006, Rev. La Ley del 22/2/2007): Tratándose de un reclamo resarcitorio de daños en el que el actor omitió expresamente solicitar intereses sobre las sumas indemnizatorias, se entendió que más allá de la omisión, la lectura del escrito de demanda permitía concluir que la parte actora postulaba la obtención de una reparación integral de los perjuicios ocasionados por el acto ilícito, pues reclamaba la reparación de las pérdidas sufridas y la utilidad que se había dejado de obtener. Se sustentó la decisión en que el art. 1069 del CC establece que el daño “comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses”, en algún precedente jurisprudencial de larga data (JA 1969-I-80) que aludía a que ninguna ley establecía que la alusión expresa a los intereses tuviera carácter sacramental y en la doctrina favorable a dicha interpretación que importa también una forma de flexibilización de la congruencia. En la sentencia referida el tribunal advirtió que admitir en tales circunstancias los intereses, dado que los mismos tienen por finalidad compensar la demora en el pago de la indemnización de los daños causados por el ilícito, no se advertía afectación alguna de la defensa en juicio al no haberse bilateralizado desde el origen la pretensión por no haber sido solicitados de modo expreso. Ello así con fundamento en que el cómputo de éstos no requiere de prueba, su procedencia es inequívoca y el arranque de su cómputo se encuentra determinado por la fecha del ilícito o desde que se produce cada perjuicio objeto de la reparación. d) En el ámbito del Derecho de Familia: Caso “Cataldi” (Cám. Apel. Civ. y Com. Rosario, Sala IV, 28/11/2006): Se trataba de un divorcio vincular contencioso, en el cual se imputaban demandante y reconviniendo injurias recíprocas sustentadas en plurales causales. El tribunal ad quem consideró que no se había probado ninguna de las causales alegadas por los contradictores. Sin embargo, encontró demostrado que el divorcio vincular fue solicitado por ambos litigantes y que había transcurrido el lapso previsto por el artículo 214 inciso 2º Código Civil para que se configurara la denominada “causal objetiva” de divorcio. En función de ello y, con expresa alusión al “resultado práctico” perseguido por los contendientes y citando varios precedentes en igual sentido (ED 133-472; ED 163-241), se decretó el divorcio vincular solicitado, pero no en mérito de alguna causal contenciosa sino en virtud de la causal objetiva proveniente de la prolongada separación de hecho acordada por los cónyuges. El fundamento de la flexibilización en este caso radicaba en evitar dilaciones mayores contrarias a la economía procesal y a un bien entendido servicio de Justicia, someter a los litigantes separados de hecho, de común acuerdo, con varios años de antigüedad a un nuevo trámite, con el consiguiente dispendio de tiempo y gastos, y el correlativo desgaste jurisdiccional, esta vez sustentado en los buenos oficios de la llamada “causal objetiva” del divorcio vincular. Caso “Mac Judit” (CNCiv., sala M, 2/8/1999): Tratábase también de un divorcio contencioso por injurias graves con reconvencción por adulterio y abandono voluntario y malicioso, causales que fueron desestimadas, disponiéndose en la alzada el divorcio de los cónyuges por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por un lapso mayor de tres años, para lo cual se tuvo en cuenta que ambas partes habían solicitado el divorcio y que ese lapso había transcurrido con creces desde la promoción de la acción y su reconvencción hasta la sentencia de Cámara. Se sostuvo que era una aplicación del “iura novit curia” y que tal solución fue receptada con anterioridad por varias Salas de la Cámara Civil (Sala M., expte. 138418; Sala D, 10/11/1998, LL 1990-B-132; Sala G, 28/2/96; Sala F, 13/3/1992, entre otros). También se sustentó la decisión en la economía procesal y el adecuado servicio de Justicia, pues se explicó que el disloque de la pareja y la falta de todo vínculo de unión o tolerancia quitaban interés jurídico, social y práctico a la subsistencia del matrimonio, lo cual tornaba inconveniente el mantenimiento del vínculo matrimonial. e) Flexibilización en el ámbito de la emergencia económica: En razón de la pesificación de las obligaciones en dólares estadounidenses exigibles con anterioridad a enero de 2002, dispuesta en el marco de la emergencia económica por la ley 25561, la jurisprudencia mayoritaria se inclinó por desestimar los planteos de inconstitucionalidad de la ley citada con fundamento en la razonabilidad de la misma en tanto la propia ley en su artículo 11 contenía una previsión que permitía ajustar equitativamente la suma a pagar. En dichos fallos, aún cuando no se hubiera solicitado el reajuste subsidiariamente

al planteo de inconstitucionalidad, la jurisprudencia lo ha dispuesto oficiosamente para evitar mayores dilaciones (economía procesal) y no incurrir en excesos rituales incompatibles con un adecuado servicio de Justicia. f) En el ámbito de los Procesos urgentes: Los amparos y las medidas autosatisfactivas, por la urgencia inherente a la protección de los derechos involucrados, son un ámbito propicio para la flexibilización de la congruencia pues se procura privilegiar la protección jurisdiccional del derecho o garantía amenazados o vulnerados, evitando excesos rituales. De la lectura de los fallos respectivos se advierte que en muchos casos se ha acordado una medida distinta de la peticionada, pero igualmente idónea para proteger el derecho, de modo similar a lo previsto por el art. 204 del C.P.C.N. para las medidas cautelares, lo que constituye una flexibilización a la congruencia objetiva. Como sostiene Peyrano en el fallo “Piu de Carolli, E. c/ Centro Unión Dependientes s/ amparo”, el ámbito de la jurisprudencia preventiva es propicio para la flexibilización de la congruencia. Caso “Piu de Carolli” (Cám. Apelac. Civil y Comercial, Rosario, 2002). Se trataba de un amparo promovido por una asociada a una mutual que percibía cuotas mensuales módicas y cuyo padrón de beneficiarios reconocía una gran mayoría de personas mayores de sesenta años. La requirente contrajo esclerosis múltiple, dolencia que reclama el suministro periódico de fármacos de muy elevado costo y que si no son administrados, pueden llevar a la muerte de la paciente. Negado el suministro farmacológico por no encontrarse los remedios correspondientes en el vademécum aprobado por la Mutual, la nombrada promovió acción de amparo tendiente a que se le suministraran vitaliciamente los fármacos en cuestión; invocando, entre otros argumentos, el derecho a la salud tutelado constitucionalmente por varios tratados internacionales suscriptos por la Argentina. En definitiva, el tribunal de alzada –en resolución que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe– hizo lugar al pedido de entrega de los fármacos requeridos, pero sólo por un plazo de tres años, haciendo expresa mención acerca de que el verdadero deudor de aquéllos era el Estado Nacional –quien debía ser demandado– y que el lapso de suministro (de tres años) se otorgaba para concederle tiempo a la requirente para que accionara debidamente. Asimismo, se señaló que la inversión que demandaba el mencionado suministro temporario de medicamentos debía ser reputada provisoria y que podía intentarse su repetición contra el Estado Nacional. No obstante la declaración de derechos realizada, se acordó por un lapso acotado lo pedido en razón del riesgo de vida de la actora, el hecho de haber sido durante más de veinte años beneficiaria –lo que evidenciaba que no se afilió maliciosamente– y el empujado puesto en el cual se encuentra colocado el derecho a la vida y a la salud en el nuevo contexto constitucional. En el ámbito contencioso-administrativo: Caso “Lasarte” (Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires, 8/3/07). Se trataba de una demanda contencioso-administrativa entablada contra la Municipalidad de La Plata a raíz de la negativa de ésta a otorgarle al demandante la continuidad en su rol de concesionario de un puesto de venta de emparedados y gaseosas en la plaza Moreno de la ciudad de La Plata. El actor pretendía dicha continuidad, haciendo especial hincapié en el emplazamiento privilegiado que le otorga la circunstancia de ser discapacitado, con fundamento en numerosas disposiciones constitucionales y legales que lo ampararían. La mayoría, siguiendo el erudito voto de Eduardo de Lázzari, concluyó que no le asistía derecho al actor a la continuidad en la explotación pretendida respecto, precisamente, del puesto en cuestión; declarando que “El señor Lasarte (él, y no la sociedad de hecho que, aparentemente conformaba con el señor Yuen) está legitimado para reclamar que, una vez demostrada su situación y en igualdad de otras circunstancias, al concluirse el procedimiento licitatorio se lo tenga en cuenta prioritariamente para ser beneficiario de una concesión, si es que la comuna resuelve hacerlo de esa forma. Pero, no tiene el derecho de exigir que, por su sola condición, se le privilegie con la adjudicación de una concesión directa sobre un espacio determinado”. Estrictamente el Tribunal entendió que correspondía el rechazo de la pretensión hecha valer por Lasarte. Sin embargo, valorando que las acciones positivas instrumentadas en 1994, en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional encierran también un mandato a ser tenido en cuenta por el Poder Judicial, la Suprema Corte bonaerense encontró una solución diferente para el conflicto que no fue la postulada. En efecto, ponderando que en diversos tramos de la causa la Municipalidad de La Plata le ofreció a Lasarte “un permiso de uso de espacio público en diversos lugares alternativos, atendiendo a la discapacidad del demandante” y hallando que el centro del interés del requirente está constituido “por el angustioso y justo reclamo de quien, con su integridad corporal frustrada, exigía mantener un medio razonable y adecuado de vida”, se fijó un plazo a la Municipalidad de La Plata para que concretara las acciones necesarias con el objeto de presentar al demandante, dentro de un plazo de 180 días, variables semejantes que traduzcan la adjudicación de un puesto de ventas en un espacios públicos, que permita idóneamente desenvolver su actividad y lograr ingresos suficientes para su subsistencia y la de su grupo familiar; todo bajo apercibimiento de astreintes y de resolverse tal obligación en el pago de los daños y perjuicios emergentes. En su excelente voto el Ministro de Lázzari asumió que el camino esbozado no reflejaba la ortodoxia procesal. Pero destacó que los jueces deben juzgar las cuestiones meramente formales con criterio amplio a fin de no perjudicar un reclamo que se vincula con un beneficio de naturaleza alimentaria (Fallos, 280:75; 294:94). Y agregó que “un estricto apego al principio de congruencia conduciría a la ya enunciada repulsa. Sin embargo, los conceptos procesales admiten flexibilización en supuestos excepcionales como el que nos ocupa. De allí que corresponda armonizar aquéllas exigencias de tipo formal con las particularidades que se presentan, para que las decisiones judiciales sean verdaderamente útiles”, destacando así la función instrumental del proceso. De los propios fundamentos del fallo precitado resulta la concreción del

“incongruência”¹⁷⁷³: a primeira se aproxima da discricionariedade e a segunda da arbitrariedade, de modo que ambas terminologias escoam no derradeiro princípio do *iura novit curia*, levando em consideração a passagem da *jurisdição ao processo*, que abre a possibilidade que se pense o processo por uma nova visão.

Tanto arbitrariedade quanto à discricionariedade apresentam-se conceitualmente próximas, pois grande parte da Teoria do Direito e da Teoria Processual confunde um conceito pelo outro e vice-versa. Tanto a incongruência como a flexibilização da congruência se justificam na criação do direito pela norma individual, em uma concepção do processo como gênese revolucionário do direito operado na compreensão hermenêutica.

Em ambos os casos, são criação do direito pela manifestação das alegações das partes em colaboração reativa estabelecadora de um jogo dialético-dialogal processual, passando o protagonismo do Estado-Juiz às partes, vinculadas pelo princípio contraditório. Assim ocorre a vinculação do Estado-Juiz ao Processo, e não pode este delimitar suas decisões em evasivas valorações justificadas em filosofia da consciência – em uma *discricionariedade* atrelada à jurisdição, e não ao processo.

A decisão judicial¹⁷⁷⁴, por esta nova visão, acaba correspondendo a uma generalidade similar à da Lei, servindo-se do processo como gênese do direito, e utilizando o caso-problema

tránsito que el Maestro Morello tanto pregonara desde un garantismo formal (muchas veces interpretado en favor del exceso ritual) a un garantismo funcional, teleológico, que facilite y no malogre el acceso a la Justicia. (DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006)

¹⁷⁷³La pretensión procesal se compone de un elemento subjetivo (sujetos) y de dos elementos objetivos (el objeto y la causa). Los sujetos, el objeto y la causa (entendida esta última como la concreta situación fáctica expuesta en la demanda, a la que el actor asigna determinada consecuencia jurídica) constituyen el criterio para establecer los tipos de incongruencia. Conforme tal metodología, se puede colegir que existe incongruencia subjetiva cuando la decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quienes sí son (incongruencia subjetiva por exceso), u olvida condenar a quien corresponde hacerlo tanto como los incluidos en el fallo (incongruencia subjetiva por defecto) o condena a una persona distinta de la demandada (incongruencia mixta). Se verifica incongruencia objetiva cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva por exceso y, por consiguiente, resolución “ultra petita” cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado. La incongruencia será por defecto y dará lugar a una resolución “citra petita” si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. La incongruencia objetiva será mixta si se combinan ambos defectos en el pronunciamiento judicial. Hay incongruencia objetiva “extra petita” cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida. Finalmente existe incongruencia respecto del material fáctico cuando la sentencia se refiere a hechos no planteados por las partes (por exceso), cuando omite la consideración de hechos esenciales y probados (por defecto) y cuando se resuelve una cuestión distinta (mixta), entendido el término “cuestión” como el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgarse el caso. Es que, como señalara Chiovenda, la “causa petendi” no debe ser confundida con los argumentos de hecho expuestos por el actor, ni, mucho menos, con la norma o normas jurídicas invocadas por éste. (DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006)

¹⁷⁷⁴La palabra «decisión» procede del *decidere* latino, que significa «cortar». Las decisiones se toman degollando al otro, al enemigo. Así es como se le corta la palabra. La decisión es una resolución no mediada (*Vermittlunglose*) a través de la espada. Se funda en la violencia. La discusión como medio de lo político tiene un espíritu totalmente

como paradigma para decisões posteriores, apresentando “*efeito erga omnes*” junto à produção da resolução dos casos-problemas, os quais formam paradigmas novos ou ressemantizados e projetam-se ao social, dado que “*El compromiso jurídico tiene por vocación tener influencia sobre la realidad y guiar realmente las conductas.*”¹⁷⁷⁵

Os poderes reconhecidos ao juiz em matéria de elevação de suas atribuições permitem que questionem as alegações dada pelas partes tanto na formação do objeto do processo formal e substancial, quanto frente ao objeto do debate processual, balizado o juiz em sua função processual garantida pela colaboração reativa e pelo contraditório constitucionalizado, podendo alterar o que fora pedido pelo *iura novit curia* que é a mais pura manifestação da função jurisdicional justificada com a fundamentação da decisão.

5.1 - Da amplitude e (des) acerto conceitual da Discricionariedade¹⁷⁷⁶ e da Arbitrariedade Judicial: da sua relevância para a gênese do direito

A flexibilização da congruência e a incongruência traduzem-se, no processo, pela discricionariedade e na arbitrariedade, como meios para superação da formação da teoria do direito calcada na cisão de questões de fato e de direito, que até então operava no processo

distinto. En lugar del combattere aparece el compromettere. (HAN, Byung-Chul. **Tipología de la Violencia**. Barcelona: Herder, 2013. P. 128-129)

¹⁷⁷⁵OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.43-44.

¹⁷⁷⁶Se ao Poder Judiciário - na concepção radical da doutrina da separação de poderes, como nós a praticamos - cabe apenas a função de declarar a "vontade da lei", como dizia CHIOVENDA, então não lhe sobrará qualquer margem para criação do direito, como função inerente à atividade jurisdicional; em última análise, o juiz do sistema romano-canônico não decide, não tem o menor poder decisório, pois, como advertia CARNELUTTI (*Diritto e processo*, n. 137), o juiz, para decidir, terá de *decidir-se*. Entretanto, somente quem dispuser de, pelo menos, duas alternativas possíveis - e, no caso do juiz, de duas alternativas igualmente legítimas - poderá *eleger*, dentre elas, a que lhe parecer mais adequada ou mais conveniente, aquela que lhe pareça mais justa, permitindo-lhe fazer a melhor justiça no caso concreto. Ora, sabidamente, o sistema não confere a nossos magistrados qual quer margem, por menor que seja, de autêntica *discricionariedade* que lhe permita encontrar, na lei, aquelas duas ou mais alternativas, aqueles dois ou mais caminhos, legislativamente autorizados, que lhe permitr sem a *eleição*, inerente, como mostra CARNELUTTI, a todo ato verdadeiramente decisório. Isto seria conceber o sistema jurídico como um organismo incompletamente formado, a ser complementado pela sentença. Em última análise, seria reconhecer - o que, de resto, todos os que lidam no fórum não ignoram - que o ato jurisdicional é, sim, *discricionário*, não sendo, portanto, apenas *declaratório*, enquanto ato puramente intelectual, mas, ao contrário, formado também por um essencial componente *volitivo*. Esta é a diferença da *chamaási jurisdição voluntária*, que o sistema exclui do que considera jurisdicional, em virtude de ser atividade tipicamente *discricionária*, condição que a doutrina não admite que possa existir na jurisdição contenciosa, não obstante se tenha tomado hoje absolutamente impossível ocultar esta qualidade do ato jurisdicional contencioso, como acabou tendo de reconhecer KARL ENGISCH (*Introdução ao pensamento jurídico*, Cap. VI - como tivemos ensejo se mostrar em estudo publicado na revista *Ajuris*, v. 70, referindo-nos à introdução, em nosso sistema, das denominadas *tutelas antecipatórias* (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: 2002, Forense. P.140)

separando os fenômenos da vida dos fenômenos jurídicos. Aceitar a flexibilização da congruência e a incongruência no processo é superar o formalismo e a dogmática, com efeitos da *contradogmática e antiformalismo*.

A função jurisdicional é dotada de compreensão hermenêutica, que opera em sentido contrário da função judicial como mera aplicação da Lei, pois a compreensão hermenêutica abre-se em uma dialética-dialogal na resignificação do princípio dispositivo e do contraditório, princípios que dinamizam o processo com a governabilidade das partes. A dinamização apregoa-se ao objeto do processo e ao objeto do debate processual: no primeiro, forma as pretensões e o segundo desenvolve-se junto a lide. A dinamização processual por fim, acaba influenciando na atividade do julgador, podendo ter este uma decisão *discricionária* ou *arbitrária*, mas sim esta deve ser centrada na dinâmica processual em uma colaboração reativa.

Desse modo, muita confusão se tem quanto à discricionariedade e quanto à arbitrariedade, ambas são aceitas se operada a compreensão hermenêutica. Ressalta-se que se admite ambas na passagem *da jurisdição ao processo* (este que aqui se busca construir) e não se aceita em sentido contrário, ou seja, isto é, quando a discricionariedade e arbitrariedade centram-se na jurisdição, apregoadas à filosofia da consciência e ao senso comum, voltando-se ambas ao solipsismo.^{1777,1778,1779}

¹⁷⁷⁷Nesse contexto STRECK: “a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos. Veja-se: alguns críticos da hermenêutica acusam-na de “irracionalista” (sic). Nesse sentido, afirmo, uma vez mais, que minhas críticas ao decisionismo, ao discricionarismo, etc., não estão assentadas apenas nisso (a pré-compreensão como limite). Essa é uma das teses (conclusões) que defendo. Criticar-me por isso é fazer pouco caso da hermenêutica. Registro, por exemplo, que minha aposta na pré-compreensão dá-se em face desta ser condição de possibilidade (é nela que reside o giro ontológico-linguístico). Minha cruzada contra discricionariedades e decisionismos se assenta no fato de existirem dois vetores de racionalidade (apofântico e hermenêutico), circunstância que alguns de meus críticos não percebem ou não entendem. Se compararmos a “teoria da moda” (teoria da argumentação jurídica) com a hermenêutica filosófica (na perspectiva que defendo), veremos a distância que existe entre tais posturas. A diferença fundamental talvez esteja no fato de que a hermenêutica atua no âmbito de um mundo compartilhado (podemos chamar a isso de intersubjetividade), enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) não superaram o esquema sujeito-objeto (S-O).” (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 82-83)

¹⁷⁷⁸Para se realizar uma efetiva teoria pós-positivista dois elementos são, inexoravelmente, necessários: a) ter a compreensão do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de mixagens teóricas; b) enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo (aqui, como já se viu, o campo jurídico brasileiro é fértil nessa perspectiva, por seu excessivo arraigamento à epistemologia e à filosofia da consciência). Em síntese – e quero deixar isso bem claro –, para superar o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivistas do modo-de-fazer-direito contemporâneo, que recupera, dia-a-dia, a partir de enunciados assertóricos, o “mito do dado”). Não há como escapar disso. Apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos escapar das armadilhas positivistas. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 93)

¹⁷⁷⁹O senso comum estaria, assim, constituído por todas as significações que, reivindicando um valor assertivo, não deixam de ser uma fala adaptada a preconceitos, hábitos metafísicos, visões normalizadores do poder, certas tentações de profetismos, ilusões de transparência e noções comuns apoiadas espontâneas e disciplinares de pensar,

Com um olhar retrospectivo, é inegável afirmar que o papel criativo da jurisprudência aumentou largamente não só apenas em razão da complexidade fenomênica fruto das relações intersubjetivas em um mundo globalizado, mas também em razão do constitucionalismo, que tornou inviável o primado da Lei/dogmatismo como fonte única de produção do direito. Entretanto, a Constituição fez com que a obrigação de fidelidade à lei fosse deixada em um segundo plano em detrimento da fidelidade aos princípios Constitucionais na aplicação do direito¹⁷⁸⁰, com força normativa superior ao da Lei.

Essa nova hierarquia normativa levou à necessidade de bem se compreender uma *nova* técnica interpretativa das disposições jurídicas, ainda presa na concepção positivista do direito junto ao paradigma lógico-dedutivo e subsuntivo¹⁷⁸¹. Os princípios¹⁷⁸² constitucionais, que

agir e sentir. (WARAT, Luis Alberto. Dilemas sobre a História das Verdades Jurídicas. Tópicos para Refletir e Discutir. *Sequência*, vol.4, n.º 6, UFSC, Florianópolis, nº 2 Pp.97-113)

¹⁷⁸⁰Para os casos não previstos na regra, aqueles autores utilizam um segundo modelo, que é o da discricionariedade do juiz. Deve ser registrado que o poder discricionário também está presente no caso de não haver lacuna, pois o juiz pode escolher, dentre as diversas possibilidades abertas pelo conteúdo da regra, aquela mais adequada para resolver o caso concreto. O modelo de regras, bem como os modelos de raciocínio jurídico que servem ao conceito positivista de direito – o subsuntivo e o discricionário – foram abalados pela constatação da existência dos princípios. Esta se apresenta como um ponto consensual na teoria do direito contemporânea. O referido consenso sobre a existência dos princípios baseia-se no seguinte argumento: 1) Argumento exemplificativo: este aspecto é encontrado em autores como Ronald Dworkin ao trabalhar a importância dos princípios a partir da sua valorização em casos reais, decididos por juízes ingleses e norte-americanos. 2) Argumento histórico: os princípios são considerados um fator importante no desenvolvimento do Direito ao longo do tempo. Assim, é possível vislumbrar o papel que os princípios desempenharam na estruturação do direito romano, conforme será visto em seguida e na Idade Média. 3) Argumento filosófico: que pode ser visualizado a partir das contribuições de Robert Alexy, que concebe o Direito como um sistema de regras, princípios e procedimentos, capaz de produzir, mediante a razão prática, uma racionalidade da argumentação e seus resultados. Estes três argumentos são suficientes para destacar a relevância dos princípios e a impossibilidade da sua consideração no conceito de Direito formulado pelo positivismo jurídico. (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico: Princípios, Regras e o Conceito de Direito**. Porto Alegre: Editora Fabris, 2001. p. 83-84)

¹⁷⁸¹Na verdade, sempre ela tem oferecido uma escapatória dogmática graças à qual se tem evitado ver o total fracasso da concepção subsuntiva para pensar e dar solução ao problema da concreta aplicação do direito. Conjugadas tradicionalmente a subsunção e a discricionariedade na correlatividade axiomática, o que não for subsuntivo é discricionário, era decerto fácil à doutrina contornar as dificuldades suscitadas pelo esquema subsuntivo, sempre que este falhava como processo metódico da decisão normativa, remetendo os casos em que essas dificuldades se verificassem para o domínio da discricionariedade. (NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.368)

¹⁷⁸²Os princípios cumprem também uma função de regulação de conduta, especialmente na conduta de estabelecer normas ou de aplicar as normas existentes à resolução dos casos concretos, isso (a dimensão diretiva dos princípios em relação aos órgãos aplicadores) ocorre quando não existem regras específicas aplicáveis, quando essas apresentam problemas de indeterminação em sua formulação ou quando as regras existentes parecem estar em conflito com os princípios que as justificam ou com outros princípios do sistema. O aspecto diferenciador dos princípios está no fato de que seu antecedente ou condição de aplicação não contém nada além da propriedade de que haja uma oportunidade de realizar a conduta prescrita no consequente; e nessa solução normativa está contida uma proibição, um dever ou uma permissão *prima facie* de realizar certa ação (no caso dos princípios em sentido estrito) ou de dar lugar a um certo estado de coisas na maior medida possível (no caso de diretrizes ou normas programáticas). Assim, o princípio de liberdade de expressão (entendido como princípio dirigido aos órgãos públicos estabelece sempre que se dê uma oportunidade a expressar pensamentos, ideias ou opiniões, e se não concorre outro princípio que no caso tenha mais peso operando em sentido contrário, está proibido estabelecer proibições ou obrigações relativas a essas condutas, impedir de algum modo sua realização ou impor sanções como consequência das mesmas. A diretriz de procurar o desenvolvimento e manutenção das línguas vernáculas

perpassam as regras¹⁷⁸³, constituem-se um *ethos* e se prestam a avaliações da situação concreta, também sofrendo influência da orientação cultural do intérprete.¹⁷⁸⁴ Essa concepção coaduna com a ideia de que “*el grado de autoridad que transmite la concesión de la discrecionalidad es variable y depende de cada contexto específico.*”¹⁷⁸⁵

As correntes antiformalistas do direito são responsáveis por vivificar¹⁷⁸⁶ o direito. No âmbito das correntes antiformalistas, foram difundidas algumas orientações que – ainda que com angulações diferentes e em medida diversa – que atribuem ao juiz um poder criador, ou, como que seja, uma função de colaboração legislador e juiz na produção de direito. A criatividade jurisprudencial pode assumir diversos significados e se entende que esses se manifestem também nos sistemas de *civil law* e em setores caracterizados pela predominância da Lei.

Acrescenta-se ao dito as palavras de Capelletti “*Posso, finalmente, acrescentar, e o faço com consciência sobre os inúmeros obstáculos, que permanecem no acesso à Justiça, que uma das virtudes das Cortes consiste no fato de elas serem, sobretudo, quase sempre mais acessíveis a muitos cidadãos do que muitos outros órgãos governamentais.*”¹⁷⁸⁷ Nesse âmbito,

estabelece que, sempre que exista a oportunidade de favorecer esse estado de coisas, os órgãos públicos (ou determinados órgãos públicos) devem procurar na maior medida possível aumentar e consolidar essa lincua como veículo de comunicação da população. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**: Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. São Paulo: Marcial Pons, 2014.P.21)

¹⁷⁸³Dessa forma, os princípios, diferentemente das regras, não pretendem excluir a deliberação do destinatário como base da determinação da conduta a ser seguida, mas justo o contrário, exigem essa deliberação [...] os princípios servem de guia quando não existem regras específicas que se apliquem a um caso, quando essas sofrem de indeterminação em sua formulação, ou quando aparece algum tipo de desacordo entre as regras e os princípios que as justificam. Em tais supostos, o juiz leva a cabo uma ponderação entre princípios, cujo resultado é precisamente uma regra. Por isso, tem pleno sentido dizer que os princípios não determinam diretamente (sem a mediação das regras), uma solução. Precisamente por isso, pode-se dizer que a distinção entre regra e princípios só tem pelo sentido em um nível de análise *prima facie*, mas não uma vez que sejam estabelecidos todos os fatores, isto é, à luz de todos os elementos pertencentes ao caso de que se trate, pois então a ponderação entre princípios deve haver dado lugar a uma regra. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**: Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. São Paulo: Marcial Pons, 2014.P.21-22)

¹⁷⁸⁴PROSPERI, Francesco. *Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile*. **Civiltistica**, Rio de Janeiro, a. 5, n.º 2, 2016, Pp.1-43. P. 13-18.

¹⁷⁸⁵CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 109.

¹⁷⁸⁶ Nessa ótica, a prática do direito vivente assume particular força, inclusive teórica, em razão de ser conexa com algumas orientações do espírito jurídico pos-moderno. Se o significado de uma lei qualquer termina por ser resolver na leitura que as cortes lhe dão, ficou evidenciado, de um lado, como a aprovação de uma lei por parte do parlamento – de per si e fora da argumentação jurídica, que sobre essa hão de tecer – não teria nenhum sentido. Portanto, forma da argumentação nada é possível dizer, seja sobre o significado seja sobre a própria existência da lei. De outro lado também se sustentou que o jurista aplica, as vezes, uma estratégia desconstrutiva, desmontando textos legislativos e entornando as posições. Chega-se assim a postular que o direito se resolve nas argumentações jurídicas, e que os juízes manipulando os textos legislativos, tornam-se também *law makers*. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P.23)

¹⁷⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 20-21.

a discricionariedade e a arbitrariedade são temas que, necessariamente, devem ser explanados a fim de se decretar o *fim* da congruência.

5.2 - Discricionariedade: para além de uma metodologia no/do direito

A primeira fase da discricionariedade coincide com o momento em que o Estado de Direito era traçado por uma estrita separação de poderes, em que se propunha garantir a liberdade do cidadão frente ao Estado. A tutela e delimitação dos direitos subjetivos eram matérias que agora a Lei se reservava.¹⁷⁸⁸ A discricionariedade à essa época era *subsuntiva*. Uma vez que na discricionariedade as decisões não são subsuntivas da lei, subsiste, todavia, a exigência de que a discricionariedade deveria ser exercida *com fundamento na lei* e no quadro de limites por ela definido. Vemos aqui que a natureza do ato que o órgão da decisão seria chamado a executar – de conhecimento/conhecer ou de vontade/agir – é possível observar que o critério da discricionariedade reside numa distinção metodológica das possibilidades de vinculação do seu conteúdo prescriptivo.¹⁷⁸⁹ Essa é a primeira concepção da discricionariedade.

¹⁷⁸⁸ A primeira fase coincide com o momento em que o Estado de Direito concebido como uma estrutura essencialmente política traçada por uma rigorosa divisão e separação de poderes, se propunha tanto a garantir a liberdade dos cidadãos contra a opressão política através da divisão do imperium estadual por três ponderes que mutuamente se deveriam equilibrar e imitar, como assegurar a relativa independência desses mesmos poderes, mediante a separação que entre elas se provalamava. Pois na linha desta última intenção decerto que o poder executivo era tao originariamente titular do seu poder como os outros poderes – sobretudo o legislativo – o eram daqueles que respectivamente lhe cabiam, e, assim, igualmente, tão livre e desvinculado no exercício dele como o fora no Estado de polícia. Uma vez que não interferisse com os outros poderes por que a soberania do Estado se repartia, o poder executivo subsistia o titulae lègítimo, o intérprete autentico e o executante livre (discricionário) do bem comum. Decidindo-se e agindo-se nesse domínio não com o fundamento no direito, mas com o fundamento no próprio poder, o problema que aí se suscitava era tão-só o da relação (da oposição) entre o domínio do direito e o domínio do poder político, entre o direito e não-direito. Distinção esta, entre o campo do direito e o campo dominado por um poder actuando para além do direito que se manteve ainda como o pano de fundo sobre que havia de tomar relevo o primeiro passo dado no sentido do alargamento da esfera do jurídico, ao sujeitar-se cada vez mais amplamento ao direito aquele sector da acção estadual qu começara por dele estar isenta. [...] A esta preferencia da lei, primeira afirmação do principio da legalidade da administração, acrescia, porem, um segundo limite- aquele limite de direito à volta do qual se elaborou a doutrina da discricionariedade nesta fase, e que, dando um sentido estrito ao principio da legalidade, também nela sobretudo o viria a caracterizar. Não bastava agora que a Administração não tivesse preterido qualquer preceito legal da sua regulamentação jurídica para que se pudesse ter por inteiramente livre e incontrolável jurisdicionalmente, pos sempre que a sua actuação agredisse a esfera juridicamente garantida aos particulares, interferindo com os seus direitos subjectivos privados, teria o seu acto ou decisão de mostrar-se para tanto fundamentada imediatamente numa lei. A tutela e a delimitação dos direitos subjectivos (da propriedade e da liberdade) e, portanto, a regulamentação das relações entre os particulares e a Administração, definindo-lhes as suas respectivas esferas de liberdade e de acção, eram matérias que a lei agora se reservava. Expressão manifesta da dimensão burgueso-liberal do Estado de direito. (NEVES, António Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.375-379)

¹⁷⁸⁹ Daí a distinção que neste campo alguns autores enunciam, entre normas (legais) de competência ou de acções e normas de decisão material – aquelas as que se limitariam a conceder um poder e a demarcar-lhe os limites, estas as que se impunham como o critério da própria decisão concreta – para determinar, já em sede legal, os caos de

Considerações como a *previsibilidade das decisões* e a *segurança jurídica* assumem um papel central quando se considera elementos como a eficiência da justiça civil, das atividades econômicas e da estrutura do sistema político e social¹⁷⁹⁰ “*A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas.*”¹⁷⁹¹. Ovídio Baptista, ao citar o psicólogo Erich Fromm, outrora logrou *compreender* o porquê a grande preocupação do homem em possuir segurança e previsibilidade, hipótese consubstanciada na invenção moderna do indivíduo como “agente livre e autônomo”.¹⁷⁹²

vinculação jurídica ou de aplicação do direito, e os casos de desvinculação ou discricionariedade. (NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.354-361)

¹⁷⁹⁰Nel 450 a.C., Appio Claudio fece pubblicare nel foro le leggi delle dodici tavole, affinché ciascuno potesse conoscere preventivamente le leggi che i giudici erano chiamati ad applicare, le decisioni giudiziali non fossero manifestazione di arbitrio e potessero, quindi, essere condivise o criticate. Nel 1215, nella Magna Charta Libertatum, fu stabilito che «nulli negabimus justitiam». Dal 1927 al 1939, nelle pagine di questa Rivista, allora soltanto «civile», Antonio Segni segnalava i provvedimenti legislativi di «esclusione della tutela giurisdizionale». Oggi, in nessun caso, la tutela giurisdizionale può essere esclusa o limitata; i giudici sono soggetti soltanto alla legge; il processo deve essere «giusto». Ciascuna e tutte le disposizioni processuali debbono essere conformi agli artt. 3, 24 e 111 Cost., all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (richiamata dal Trattato sull’Unione Europea), e all’art. 6 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti fondamentali dell’uomo (Cedu). La conformità delle disposizioni processuali alla Costituzione, al diritto dell’Unione Europea e alla Convenzione sui diritti dell’uomo è garantita, rispettivamente, dalla Corte costituzionale, dalla Corte di giustizia (Corte UE) e dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Cedu). Ne consegue che, almeno sulla carta, questo è il migliore dei mondi possibili, perché non è mai esistito, nella storia dell’umanità, un momento nel quale fosse riconosciuto a tutti, cittadini e non cittadini, senza distinzione di sesso, razza, religione o altro, il diritto alla tutela effettiva e ad un processo giusto, ad ottenere «tutto quello e proprio quello che si avrebbe diritto a conseguire alla stregua del diritto sostanziale» (G. Chiovenda). In questo contesto, non ha senso il richiamo alla vicenda di Antigone; non è necessario il richiamo alle «leggi non scritte». È la rivincita di Creonte. Se il mugnaio di Saint Souci poteva sperare che vi fossero giudici a Berlino, oggi chiunque non solo gode delle garanzie appena indicate, ma, se queste sono negate anche dal legislatore nazionale, può trovare tutela a palazzo della Consulta, alla Corte del Lussemburgo ed alla Corte di Strasburgo. Se si volge lo sguardo al passato, questa constatazione può generare soddisfazione e gratitudine per il patrimonio di valori che le generazioni precedenti hanno trasmesso. Se, tuttavia, si volge lo sguardo al presente, essa può generare scontento, perché l’esperienza mette in evidenza le profonde contraddizioni tra i principii ed i valori formalmente riconosciuti e la realtà effettuale. Se si volge lo sguardo al futuro, tuttavia, può stimolare l’impegno a contribuire al superamento di tali contraddizioni. (COSTANTINO, Giorgio. La Prevedibilità della Decisione tra Uguaglianza e Appartenenza. **Rivista di Diritto Processuale**, vol.70, n.º3, 2015, Pp.646-664. P. 647-648)

¹⁷⁹¹HABERMAS, Jürgen. **Diritto e Democrazia: entre factividade e validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 245.

¹⁷⁹²A conclusão de Fromm (Medo à liberdade, tradução da versão inglesa de 1962, Zahar editores, Rio de Janeiro, 1970) é a de que o indivíduo sentindo-se livre, porém, tendo de lutar sozinho contra um mundo hostil, procura proteção de um superior, seja uma seita religiosa (e a rapidez com que elas se multiplicam no Brasil é um exemplo eloquente do que Fromm quer dizer), seja um chefe, um partido, seja um ideal mais abstrato, como, por exemplo, o nacionalismo, a devoção ao Estado e, entre nós, a atribuição de sacralidade à Constituição, sob cuja proteção poderíamos encontrar a segurança para uma existência mais digna e pacífica, desfrutando do respeito de todos.[...] Por outro lado, a segurança conseguida por tais meios mutila as qualidades constitutivas na humanidade do homem, especialmente na sua espontaneidade, a própria liberdade e autonomia morais. Em última análise, a segurança gera a dependência matizada, muitas vezes, com um caráter autoritário, embora servil em suas relações com o protetor, fazendo desaparecer as qualidades mais eminentes do homem. El se torna um fraco, uma pessoa submissa ao poderes de quem – ou de que – espera proteção. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Epistemologia das Ciências Culturais**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012. P.12-13)

Ideologia da segurança surge contra a arbitrariedade dos juízes, como forma de reter o Poder Judiciário, reduzindo o pensamento jurídico à mecanicidade; porém, o pensamento jurídico é muito maior que isso, a certeza é o produto artificial da racionalidade político e jurídica e *“Pensar jurídicamente es generar un impulso superador de la incertidumbre, remontando las oscilaciones de lo problemático”*.¹⁷⁹³

Em outras palavras, o que se deseja é uma decisão produzida dentro das margens estabelecidas pelo direito, pois a decisão do Estado-juiz não precisa ser produzida apenas dentro dos limites estabelecidos pela Lei, mas também deve ter a característica de constituir uma espécie de ponte entre o direito e a sociedade, no sentido de ajuste do primeiro ao segundo, buscando nos princípios constitucionais seu limite, por responderem à norma máxima e à expressão histórica do momento. Diante disso, assevera-se a inexistência de uma resposta correta.

A história, como o direito, são ciências hermenêuticas, ciências da compreensão, que envolvem, necessariamente, a figura do interprete, envolvido em seu condicionalismo histórico. Daí porque será sempre equivocado procurar verdades ou buscas na atividade judicante o certo e o errado.¹⁷⁹⁴

A epistemologia das ciências é impropria ao direito *“...por mais que o conhecimento humano progrida e descubram-se novas relações causais no universo, esse esforço científico não será capaz de tornar o homem uma equação algébrica ou um relógio capaz de ser desmontado, para novamente montar-se.”*¹⁷⁹⁵ Por isso a discricionariedade e arbitrariedade são marcas necessárias do direito, não sendo metodologias à parte, mas prementes de todas as decisões construídas pelo judiciário, que não se encerram em apenas uma resposta correta.

¹⁷⁹³La modernidad jurídica fue una lucha tenaz contra la incertidumbre. El estado de naturaleza de los contractualistas es un condensador de las incertidumbres que es preciso despejar. La certeza no es una condición natural sino el producto artificial de la racionalidad política y jurídica. Pensar jurídicamente es generar un impulso superador de la incertidumbre, remontando las oscilaciones de lo problemático. La ideología de la certeza se afirmaba frente a la arbitrariedad de los jueces y los abusos de los juristas. Se sueña con una certeza perfecta: el derecho se convertiría en una máquina, los juristas en autómatas, la práctica en mecánica. El pensamiento decimonónico hizo un uso abusivo de la certeza. Todo se llena de supuestas certezas, en una autosuficiencia a la que no escapa una dogmática jurídica triunfalista. Pero, tras la ambición del sistema hegeliano, un pequeño libro de Kierkegaard nos devuelve al punto de partida: de ommibus dubitandum est. Se inicia el paso de un pensamiento confiado a un pensamiento angustiado. (GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Derecho e incertidumbre. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n.º28, 2012, Pp.97-118. P.100-101)

¹⁷⁹⁴SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Epistemologia das Ciências Culturais**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012. P.18.

¹⁷⁹⁵SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Epistemologia das Ciências Culturais**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012. P.43.

Para alguns, a imprecisão da norma¹⁷⁹⁶ não é caso de discricionariedade, pois é da natureza das normas - por sua generalidade e abstração -, que sejam formalmente incompletas no momento da aplicação do caso concreto, postulando interpretação. A atribuição de discricção, assim, pressupõe a intenção do legislador. Que a conduta é descrita de forma incompleta é, então, uma consequência necessária dessa intenção, ter que deixar a margem de apreciação desta pluralidade de interesses. As regras, dessa forma, constituem a única fonte de posições legais também sujeitas a discricção. Ainda que comportem sempre elemento de reflexão, ponderação e valoração, na maior parte dos casos (habitualmente, os menos complexos), o juiz não exerce, de fato, poderes discricionários, visto que a solução do caso é predeterminada de maneira unívoca com base em uma série de vínculos: normas preestabelecidas, cânones interpretativos, precedentes, regras de procedimento, etc. Não existe aqui espaço para opiniões razoáveis contrárias, existe uma única solução legítima, que o juiz deve acolher, sem margens de escolha.

A discricionariedade seria, assim, o poder de escolha entre duas ou mais alternativas legítimas. Em outros termos, no âmbito do poder entendido como função, essas diretivas terminam por colocar a hipótese de que coexistem tanto o poder vinculado quanto o poder discricionário do Estado-juiz. O primeiro se apresenta como fisiológico e intrínseco à função jurisdicional; o poder discricionário assume, outrossim, uma importância apenas excepcional, e segundo alguns, até marginal.¹⁷⁹⁷

A norma seria plenamente vinculante (juridicamente vinculada) se o seu conteúdo fosse susceptível de uma determinação conceitual em sede interpretativa, com possibilidade assim de condicionar logicamente a decisão ou de se impor como pressuposto lógico de uma aplicação; e já seria fundamento de uma faculdade discricionaria, se o seu conteúdo não podendo determinar-se conceitualmente (em geral e em abstracto), fosse susceptível tão-só daquela determinação que viesse a obter na decisão concreta e pelo seu material-concreto decidir. Neste espírito se abriu e se mantém ainda hoje a problemática dos conceitos indeterminados: são eles, todos ou alguns, e em que medida, acessíveis a uma verdadeira determinação conceitual, e

¹⁷⁹⁶[...] Non può ritenersi, invece, che tale imprecisione sia presupposta della discrezionalità: essa ne è semmai, la conseguenza. In primo luogo, la gran parte delle norme – per la loro stessa generalità ed astrattezza – risultano formalmente incomplete al momento dell'applicazione al caso concreto, e abbisognano d'interpretazione: in tal casi, tuttavia, non si verte in discrezionalità, per come essa è stata sin qui delineata. Su ciò si dovrà ritornare. Inoltre, la descrizione della condotte è incompleta anche quando essa è valutata dalle norme in termini di licità: e della distinzione tra discrezionalità e liceità si dirà tra breve. Piuttosto, l'attribuzione di discrezionalità presuppone l'intento del legislatore – che privilegia il soddisfacimento di un interesse o valore assegnandolo come scope all'agente – di non obliterare altri valori che rilevino nella situazione concreta. Che la condotta sia descritta in modo incompleto è, poi, conseguenza necessaria di tale intento, dovendo lasciare margine di apprezzamento di tale pluralità d'interessi. Né può dirsi che tale impostazione pecchi di formalismo, ravvisandosi discrezionalità soltanto ove essa sia prevista da norma: le norme costituiscono l'unica fonte delle posizioni giuridiche soggettive anche della discrezionalità. (MARENCO, Roberto. **La Discrezionalità del Giudice Civile**. Torino: Giappichelli Editore, 1996. P.55-56)

¹⁷⁹⁷PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P.16.

assim, possíveis pressupostos de uma consequente aplicação, ou a sua determinação fica unicamente nas mãos do órgão chamado a decidir; são autênticos conceitos jurídicos ou apenas conceitos (melhor, cláusula) de discricionariedade.¹⁷⁹⁸

Em um segundo momento, perpassando a primeira e negativa nota do conceito de discricionariedade, passa-se a uma posterior determinação do conceito de discricionariedade. O desenvolvimento da intervenção social do Estado e de uma mais ampla jurisdicionalização transformam o direito em *norma geral e abstracta*, e não apenas a norma que define o direito dos particulares, passando de um foco no direito subjetivo para um foco maior no direito objetivo.¹⁷⁹⁹ Aqui, a discricionariedade se delimita pela exclusão de uma vinculação normativa-substantiva em virtude da qual a decisão juridicamente válida houvesse de ser *uma só*, de modo que do ponto de vista da norma que fundamenta a discricionariedade, qualquer preferência entre

¹⁷⁹⁸Daí a distinção que neste campo alguns autores enunciam, entre normas (legais) de competência ou de ações e normas de decisão material – aquelas as que se limitariam a conceder um poder e a demarcar-lhe os limites, estas as que se impunham como o critério da própria decisão concreta – para determinar, já em sede legal, os casos de vinculação jurídica ou de aplicação do direito, e os casos de desvinculação ou discricionariedade. (NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.354-361)

¹⁷⁹⁹[...] por outro lado, potenciada como foi pelo desenvolvimento cada vez mais acentuado da intervenção social do Estado e da correlativa necessidade de uma maior jurisdicionalização, veio a ser ela inclusivamente a linha dominante por que se superaria numa terceira fase aquele primeiro sentido de discricionariedade. Pois lei é agora toda a norma geral e abstracta emanada do corpo legislativo e não apenas aquela norma que define os direitos dos particulares e o respeito pelo direito, que se exige da Administração, deixa de ser o respeito pela ordem jurídico-privada dos direitos subjectivos, para ser simplesmente o respeito pela ordem jurídica objectiva, instituída e definida normativisticamente pela lei. Por isso, da lei tutela dos direitos subjectivos, passou-se para a lei-norma da atividade administrativa, e assim não só a violação da lei se afirma fundamento suficiente do controle jurisdicional da Administração, como é ainda pelos pressupostos imediatamente legais desse controle que agora se irão determinar os direitos subjectivos, e não ao contrário, e como fora antes, pela existência dos direitos subjectivos a possibilidade e validade do controle. Não é a existência de um direito subjectivo que delimita a discricionariedade da Administração, mas, inversamente, é a existência de uma faculdade discricionária que exclui um direito subjectivo. No princípio estava agora a lei (não os direitos subjectivos) e isto num duplo sentido: à Administração só seria lícito agir com fundamento na lei e toda sua atividade (os termos da sua actuação) ficava em princípio sujeita a regulamentação legal. (NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.379-380)

as várias decisões possíveis.¹⁸⁰⁰ Todas as possibilidades seriam *juridicamente equivalentes* e, por isso, *juridicamente válidas*.¹⁸⁰¹

Essa liberdade pode ser admitida em *princípio* – no plano dos princípios – que não se confunde com a liberdade de investigação ou crítica. Este último tipo de liberdade é denominada *científica*, e a ela pertence o caso de liberdade na interpretação da lei.¹⁸⁰² Por esta vertente, que busca *fins* e vincula a discricionariedade ao *cumprimento de um dever*, como uma liberdade para o cumprimento de um dever não-moral, ou apenas funcional interno – implicando tão somente responsabilidade disciplinar – mas de um dever verdadeiramente jurídico. Se trata de uma desvinculação discricionária, que não é uma desvinculação perante o direito ou do jurídico em geral, mas em relação ao conteúdo normativo previamente formulado

¹⁸⁰⁰É em geral considerado pela doutrina que a decisão discricionária se orienta por uma intenção individualizadora. E enquanto alguns autores entendem que a concessão de uma faculdade discricionária tem a determina-la uma decisão de preferência do legislador pela realização dessa intenção, em confronto com a sua possível prescrição por via normativa (geral e abstracta), a qual renunciaria, outros vêem no carácter individual-concreto inclusivamente a nota conceitual e metodológica decisiva para distinguir a discricionariedade da estrita aplicação do direito, já que esta, havendo de limitar-se a ser a dedução decisória a partir de uma norma geral, teria sempre um carácter geral e abstracto. A decisão discricionária seria aquela que, não indo pré-determinada na norma que a autorizava, so podia proferir-se, quaisquer que fossem os seus princípios orientadores, em função de contextura individual do caso concreto. E sem dúvida que nesse hipótese haveria sempre, do ponto de vista da norma, a abertura de uma pluralidade de decisões possível e todas válidas: as decisões que executasse a norma não estavam vinculadas a um tipo abstracto de caso a que os casos concretos se houvessem de subsumir, e não teria, assim, de se traduzir sempre na mesma (no mesmo tipo abstracto de) decisão; pelo contrário, podiam ser tão concretamente distintas como distintos fossem os casos individuais. Deste modo, a pluralidade de decisões exprimiria, afinal, uma individualização. Ou, por outras palavras, exprimiria a impossibilidade de determinar a priori, por uma prévia determinação lógico-conceitual, o sentido e conteúdo normativo da decisão concreta, que só viria a determinar-se a posteriori e materialmente. Mas, então, porque não haverá de ser a decisão concreta válida também uma só? Decerto que não poderá pensar do ponto de vista da norma em somente uma solução válida – uma única solução válida já em abstracto. (NEVES, António Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.364)

¹⁸⁰¹Todas elas seriam para essa norma juridicamente equivalente, já que cada uma dessas decisões era uma sua realização possível, surgindo assim perante elas (por parte da norma) como que uma situação de indiferença jurídica, a implicar que qualquer das decisões fosse válida, que se oferecessem todas como juridicamente válidas. O que significa que a faculdade discricionária se viria a traduzir na faculdade de opção dentre uma pluralidade de decisões possíveis (todas igualmente válidas de um ponto de vista puramente jurídico) imputável à autonomia do órgão chamado a decidir – e opção a realizar, em último termo, na base de uma posição pessoal (subjectiva) desse órgão perante o caso concreto decidindo. Tal é a liberdade (jurídica) da discricionariedade: a possibilidade de uma opção autónoma entre várias decisões e comportamentos igualmente válidos. (NEVES, António Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.354-361)

¹⁸⁰²A este último tipo de liberdade – que os autores dizem científica – pertencem, por exemplo, os casos de liberdade de juízo probatório, da liberdade de interpretação da lei, da liberdade de qualquer destes fundamentos, ou conjuntamente pro todos eles, sempre teria de concluir-se que ao conceder o legislador uma faculdade discricionária, não o faria decerto para permitir a manifestação de atitudes meramente subjectivas do órgão de decisão ou para lhe dar a possibilidade de decisões concretamente (perante o caso concreto) injustificadas. E sim unicamente para que ele se orientasse no sentido da solução que concretamente melhor realizasse os fins que tivessem determinado a concessão daquela faculdade (função administrativa) ou da solução concretamente mais justa (ou função judicial). (NEVES, António Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.354-361)

que houvesse simplesmente de aplicar-se. A discricionariedade torna-se assim uma *função jurídica*.¹⁸⁰³

Os princípios constitucionais expressam os valores incorporados por uma sociedade em um determinado momento histórico.¹⁸⁰⁴ Não há a necessidade de um processo causal para identificar o fato jurídico, pois com os princípios é possível justificar a entrada da situação fenomênica no mundo jurídico em valores últimos do próprio direito.¹⁸⁰⁵

Esse novo quadro de consideração do direito, onde os juízes devem compreendê-lo com vistas ao respeito dos princípios constitucionais, é agora uma figura definitivamente adquirida pela cultura jurídica. Isto deve-se, sobretudo, ao controle difuso e concentrado, com o objetivo de rejeitar ou declarar inadmissível as questões levantadas sem o cumprimento prévio da obrigação de interpretar a lei conforme à Constituição, o que, defende-se, deve ser feito mesmo que na presença de uma posição jurisprudencial consolidada (a chamada lei viva) suspeita de inconstitucionalidade. Uma fuga razoável ao *frenesi legislativo* vivenciado nos dias atuais,

¹⁸⁰³ E podendo ainda perguntar-se quais os critérios desse dever, se em si mesmos de natureza jurídica ou não, e se (ou em que medida) são oferecidos heteronômamente ou assumidos autônoma (nesse sentido subjectivamente) pelo órgão de decisão – questão a considerar mais adiante -, o que importa agora acentuar é que a liberdade de que aqui se trata, a desvinculação discricionária, não exprime uma desvinculação perante o direito ou do jurídico em geral, mas apenas uma desvinculação relativamente a um conteúdo normativo previamente formulado que houvesse simplesmente de aplicar-se. Ela traduz só – para usar a fórmula de W.Jellinek – uma liberdade relativamente ao conteúdo da lei; mas sem deixar de lhe corresponder um outro modo ou um outro tipo de vinculação jurídica, embora de carácter não formal, e antes de carácter intencional-teleológico – vinculação não já de legalidade (estrita), mas de juridicidade. E vinculação que não só leva o poder discricionário a distinguir-se de uma esfera de verdadeira autonomia – como a dos particulares no âmbito demarcado e reconhecido pelo direito – como encontra mesmo uma imediata garantia jurisdicional nos chamados limites internos da discricionariedade, com o seu ponto de partida na teoria do détournement de pouvoir. Pelo que, repelindo-se a antiga concepção de Stahl – a discricionariedade seria uma atividade livre nos limites da lei -, tende hoje a acentuar-se o princípio de que o direito deixou de ser apenas o limite, para ser a própria máxima ainda mesmo do decidir e agir discricionária. Veremos que este princípio vai na doutrina solidário com um certo termo evolutivo da concepção do Estado-do-direito (do princípio da legalidade) e que voltam hoje a fazer-se discriminação que, a serem válidas, de alguma forma lhe diminuiriam o seu alcance. **Mas o certo é que o carácter juridicamente vinculado, reconhecido actualmente de um modo unânime à discricionariedade, no-la revela não já uma mera esfera de liberdade, mas sobretudo uma específica função jurídica.** (NEVES, António Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade.** Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.354-361)

¹⁸⁰⁴ Há pois, uma relação intrínseca entre as normas e os valores, posto que o estabelecer, por exemplo, a obrigatoriedade de uma ação implica necessariamente atribuir a essa ação um valor positivo. Mas ademais disso, considerávamos existir uma premência do aspecto justificativo ou valorativo sobre o direito (tese essa estritamente ao contrário de Kelsen) se, por exemplo, tem sentido dizer que caluniar é uma ação desvaliosa e, por isso, está proibida, enquanto, em nossa opinião, careceria de sentido afirmar que caluniar é uma ação desvalioso porque está proibida (como Kelsen pensa). Pois bem, os princípios em sentido estrito incorporam valores considerados como últimos pelo ordenamento jurídico. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos: Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.P.22-23)

¹⁸⁰⁵ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos: Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder.** São Paulo: Marcial Pons, 2014. P.23.

expressão da opacidade dos textos normativos, consubstancia-se nas indicações jurisprudenciais.¹⁸⁰⁶

Assim, o princípio da legalidade passou para o princípio da constitucionalidade, que faz com que haja uma abertura interpretativa e adequação entre regra e princípio podendo dar uma resposta constitucionalizada ao fenômeno conflitológico: *regras e princípios estão inter-relacionados e a vocação dos princípios é dar lugar a regras e as regras se justificam por se adequarem aos princípios*.¹⁸⁰⁷

Esse controle é tanto utilizado para objetar posições inconstitucionais como para criar direito. Levanta-se que o judiciário, ao concordar com as regras constitucionais para a construção do sistema legal (dependendo da resolução do caso concreto), a teorização de um método interpretativo de normas constitucionais, em oposição ao método interpretativo das normas ordinárias, resulta arbitrário.¹⁸⁰⁸

Ao se analisar a jurisprudência do STF, observa-se que o Excelso Pretório tem se movido com liberdade dentro do campo discricionariedade de eleição do método interpretativo, procedendo muitas vezes por “decisões políticas”, conduta que encontra guarida tendo em vista que a jurisdicionalização de questões constitucionais, apesar de exigir tratamento jurídico, possui inegáveis efeitos políticos que não podem ser olvidados pelo intérprete que, a partir da escolha do método interpretativo a ser adotado, poderá calcular e modelar tais efeitos, de molde a oferecer a melhor solução para aquele específico problema constitucional a ser superado.¹⁸⁰⁹

¹⁸⁰⁶Appare, infatti, una ragionevole via di fuga dalla frenesia legislativa, dalla mutevolezza e dall'opacità dei testi normativi, rifugiarsi nelle indicazioni giurisprudenziali: quali che possano essere le interpretazioni delle disposizioni ambigue e contraddittorie, le indicazioni della giurisprudenza sembrano comunque offrire un porto sicuro. I disorientamenti e le lacune tecniche del legislatore rivalutano la funzione di nomofilachia della Corte di cassazione, che, ai sensi dell'art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, «quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale». La nomofilachia, infatti, «risponde all'esigenza diffusa ... di razionalizzare lo strumento del processo e di rafforzarne la configurazione di servizio per la tutela dei diritti, nella quale rientra la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali, che assicura, da un lato, l'uguaglianza delle decisioni nei casi simili e concorre, dall'altro, alla tempestiva definizione della controversia». «E' d'altra parte acquisito, che la giurisprudenza operi nell'ordinamento come sostanziale fonte di diritto e per questo è essenziale non solo che ci sia una corte di legittimità, ma che possa operare in modo corrispondente alla sua funzione». «Oggi nessun giurista munito di un minimo di sensibilità storica e di elementare buon senso negherebbe alla dottrina e alla giurisprudenza pratica un ruolo protagonista nella evoluzione del diritto continentale europeo e, quindi, un ruolo produttivo di regole giuridiche». (COSTANTINO, Giorgio. Governance e Giustizia: le regole del processo civile italiano. **Civil Procedure Review**, v.2, n.2, Pp 130-165, may-aug. 2011. P. 146)

¹⁸⁰⁷ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**: Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P.22.

¹⁸⁰⁸PROSPERI, Francesco. Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile. **Civiltistica**, Rio de Janeiro, a. 5, n.º 2, 2016, Pp.1-43. P. 13-18.

¹⁸⁰⁹SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação Constitucional Operativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 175.

Supõe-se desta forma, conforme visto anteriormente, que os Juízes e as Cortes, ao apliquem a constituição o façam a partir de seu caráter dinâmico, de maneira facultada a estes a possibilidade de recorrer a critérios discricionários na concretização do Direito, por intermédio de argumentos que visam políticas calcadas em direitos difusos e coletivos, sendo eles, mencionados por Dworkin:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. [...] Um direito político é um objetivo político individuado.¹⁸¹⁰

A desvinculação e vinculação das coordenadas da noção e do problema da discricionariedade caracterizam simultaneamente, a sua vinculação e desvinculação, que se resumem em um tradicional problema: por um lado a concepção legalista da juridicidade identificada com o conteúdo da lei, responsável por ser esta que dá o caráter de discricionariedade ao possibilitar uma decisão fora da lei e, por isto, desvinculada juridicamente.¹⁸¹¹ A mesma concepção legalista da juridicidade é também vinculada com uma concepção da juridicidade já mais compreensiva, pois não obstante a carência de uma vinculação legal, não se deixa de afirmar uma outra vinculação jurídica *trans-legal*; ao lado de ambas as concepções, por fim, a tradicional concepção normativista da aplicação do direito,

¹⁸¹⁰DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 141-142

¹⁸¹¹Se os postulados políticos-jurídicos da separação dos poderes, na primeira fase do Estado do direito, definiam o governo (a administração) pela discricionariedade, já para a jurisdição prescreviam o princípio da mais absoluta vinculação legal. A decisão judicial não deveria ser mais do que a reprodução, através de um deduzir logicamente necessário, do preceito normativo que a lei pré-formulara para o caso decidindo. E durante quase um século – o ensaio de Bülow e de 1885 – se acalentou o preconceito de cegueira que identificava esse princípio, tão abertamente ideológico, com o processo metodologicamente efectivo da decisão jurídica. Mas o rei va nu de Bülow – o direito só se consuma na decisão concreta, já que apenas aí e concretamente se determinada -, conjugado com o problema das lacunas, irrecusável na França depois de Gény e na Alemanha depois de Ehrlich, com o movimento do direito livre e outros movimentos metodológicos menos heterodoxos, como a jurisprudência de interesses, mas em que não era menos evidente a explicitação, em primeiro plano, de uma intencionalidade normativo-material contrária aos postulados lógico-formais, tudo isto – que abalou a inercia do pensamento urídico como um salutar vento problemático – potenciado ainda pelo próprio apelo legislativo a uma cada vez mais ampla colaboração do juiz na concreta realização do direito, mediante a inserção nas leis de conceitos de valor e cláusulas gerais, da exigência da individualização da pena, etc., não tardou a revelar a total incompatibilidade da verdade metodológico-jurídica com a ingénuo ideia de que o juiz seria la bouche qui prononce les paroles de la loi e o seu poder en quelque façon nulle. Daí o pôr-se esta alternativa; ou abandonar inteiramente a ilusão metodológica do esquema subsuntivo, ou encontrar um expediente capaz de neutralizar as brechas mais evidentes que nele se abriam. Os caos em que era inegável a inadequação do esquema subsuntivo afirmar-se-iam como casos excepcionais de discricionariedade judicial, posto que aí, do mesmo modo que o administrador no uso do seu poder discricionário, o juiz não deduzia a sua decisão de uma norma geral, mas constituía-a livremente ele próprio em função do caso concreto. Aí se encontrava admitida no próprio domínio da função judicial a distinção entre uma discricionariedade vinculada e uma discricionariedade livre. (NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.389)

baseada na subsunção – discricionariiedade é realizada nos quadros do limite estabelecido pela lei, concepção também tida como normativo-material.¹⁸¹²

Na segunda metade do século XX, embora partindo de outros pressupostos conceituais, começaram a se delinear, por outro lado, algumas orientações intermediárias que, no seu conjunto, poderemos chamar críticas e que tem o indiscutível mérito de permanecer mais aderente à experiência concreta. O seu ponto de confluência pode ser individualizado na convicção de que, se a discricionariiedade é poder de escolher entre duas ou mais alternativas, cada umas das quais legítima, a discricionariiedade do juiz subsiste não em todas as decisões por ele adotadas, mas apenas em algumas.

Em outros termos, no âmbito do poder entendido como função, essas diretivas terminam por colocar hipótese de que coexistem tanto o poder vinculado quanto o poder discricionário do juiz. O primeiro se apresenta como fisiológico e intrínseco à função jurisdicional; o poder discricionário assume, outrossim, uma importância apenas excepcional, e, segundo alguns, até marginal. Ainda que comportem sempre um elemento de reflexão, ponderação e valoração, na maior parte dos casos (habitualmente os menos complexos) o juiz não exerce, de fato, poderes discricionários, visto que a solução do caso é predeterminada de maneira unívoca com base em uma série de vínculos: normas preestabelecidas, cânones interpretativos, precedentes, regras de procedimento, etc.

Não existe aqui espaço para opiniões razoáveis contrárias; existe uma única solução legítima, que o juiz deve escolher sem margem de escolha. Ao contrário, em uma minoria de casos (habitualmente os mais complexos) abrem-se ao juiz espaços de ação no seio do qual deve escolher uma dentre as possíveis alternativas de juízo – cada uma das quais legítima – sem que o conteúdo mesmo da decisão seja vinculado e assim predeterminado. Nesse sentido e nesses limites, entende-se que o juiz seja depositário de um poder discricionário e, por consequência, termine por criar a *regula juris*.^{1813,1814}

¹⁸¹² NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.362-364.

¹⁸¹³PICARDI, Nicola. **Jurisdicção e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.16-17.

¹⁸¹⁴Los filósofos del derecho suelen destacar tres concepciones acerca de la “naturaleza” de la interpretación judicial. El *cognitivismo* (“formalismo”, “noble sueño”) considera la interpretación judicial como una actividad de conocimiento del significado jurídicamente correcto de las disposiciones. El *no cognitivismo* (“realismo”, “escepticismo”, “pesadilla”) considera, en cambio, la interpretación judicial como una actividad que siempre y necesariamente involucra decisiones acerca del significado jurídicamente correcto de las disposiciones. La *teoría mixta o intermedia* (“eclecticismo”, “vigilia”), en fin, considera la interpretación judicial como una actividad que, con arreglo al significado jurídicamente correcto de las disposiciones, algunas veces es conocimiento, otras veces es decisión. (SCALIA, Antonin. **Una Cuestión de Interpretación**. Peru: Palestra Editores, 2015.P.20)

Conforme visto nos capítulos anteriores, a função do juiz, tradicionalmente, foi concebida como uma mera declaração de um direito produzido pelo legislativo¹⁸¹⁵ (*ius dicere*), de modo que esta função ainda é vista como uma das garantias para a separação dos poderes do estado, de acordo com a doutrina clássica de Montesquieu. Nesta ordem de ideias, pode-se compreender facilmente como, por parte dos juristas treinados na tradição ocidental¹⁸¹⁶ que vê no princípio da lei o principal das guarnições democráticas, tem havido mais interesse em esconder o fenômeno da discricção do juiz, em vez de destacar suas características, peculiaridades e origens. A discricionariedade e a arbitrariedade judicial não encontram seu lugar em uma literatura ancorada aos princípios de fechamento e completude do direito, tão apreciada pela tradição legal no sentido clássico, posta numa ideologia legal e racional.

A expansão sobre a autoridade discricional do juiz sobre distintas questões processuais foi um elemento central no processo do século XX, como principal forma de superação do formalismo rigoroso. Várias questões podem ser levantadas para sustentar esse aumento, como as expostas anteriormente, acrescida à crescente demanda de acesso aos órgãos judiciais e as novas complexidades postas pelos conflitos.¹⁸¹⁷

Dworkin sustenta sua teoria em princípios que se encontrem acima ou abaixo do direito, para assim resolverem processos judiciais “*hard cases*”. Hart frente aos “*hard cases*” diz que o juiz tem de utilizar um poder criativo, discricional, mas, para decidir com dada discricionariedade, o juiz-tribunal deve buscar a resposta no direito, sendo este, um “... *sistema sem lacunas, jamais incompleto e contendo, dentro de si, a resposta para todas as questões jurídicas, mesmo no mais difícil dos casos, de tal modo que os juízes jamais têm, que exercer um poder legislativo ao escolher entre as alternativas deixadas em aberto pelo direito existente.*”¹⁸¹⁸

¹⁸¹⁵Como o magistrado apenas declara e não elege dentro das possíveis alternativas legítimas, fica eliminado o poder decisório. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Epistemologia das Ciências Culturais**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.P.26)

¹⁸¹⁶Está, portanto, definitivamente consumada a separação enquanto direito como norma e fato como o pressuposto para a transferência do Direito para o reino das “ciências modernas” que tentaram excluir, como pura fantasia, a filosofia das demais formas de conhecimento humano, incapazes de fornecer “verdades definitivas”. (SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Epistemologia das Ciências Culturais**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.P48)

¹⁸¹⁷La expansión de la autoridad discricional del juez sobre distintas cuestiones procesales fue elemento crucial en la configuración del proceso judicial del siglo XX. La discrecionalidad ante el formalismo sofrenó la presión sobre la capacidad de los tribunales para funcionar adecuadamente no tenía por qué haberles conducido inexorablemente a una expansión de la autoridad discrecional. Existía un abanico de cuestiones que justifican la creciente demanda de acceso a los órganos jurisdiccionales, incluyendo la tolerancia en los retrasos judiciales, un importante aumento de personal, o la subida del coste de acceso a los tribunales. (CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 121)

¹⁸¹⁸HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P. 9.

O direito como sistema, faz com que se tenha o real e pleno reconhecimento de “... *quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam. A normatividade é social.*”¹⁸¹⁹ Portanto, esse pleno e real reconhecimento “... *é que colocou a teoria de Hart no centro da hermenêutica. Nessa lógica, não é surpreendente o fato que, para Hart, o direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz para a solução dos conflitos, nos chamados hard cases.*”¹⁸²⁰ O Juiz-Tribunal mantém seu poder “... *pelo sistema de regras e não por sua função de instaurar e conservar a coesão*¹⁸²¹ *imaginária da sociedade*”.¹⁸²²

Hart afirma que frente as indeterminações as decisões judiciais devem ser controladas por meio da hermenêutica jurídica introduzida essa teoria mais proficuamente como o *Nobre Sonho*. A construção do *Nobre Sonho*, salutarmente aparece com a filosofia da linguagem semântica engenhada na Hermenêutica Jurídica incide diretamente na interpretação jurídica, que vê o direito como sistema, que torna-se auto-suficiente para estabelecer as interdições de sua competência significaria.

A Câmara dos Lordes pela tradição que é arraigada procura refutar as teorias superficiais que não coadunem com o construído com o *Nobre Sonho*, recusando assim o *Pesadelo* que aparece “... *quando atingem um ponto em que o direito posto não consegue determinar uma decisão em favor de qualquer dos lados,*” ou ainda “... *quando uma regra jurídica específica se mostra indeterminada, o juiz não pode fazer outra coisa senão deixar de lado seus livros jurídicos e começar legislar*”, “... *para o caso em pauta, sem qualquer referência adicional ao direito.*”¹⁸²³ Frente às indeterminações e lacunas em que nem as regras e nem os princípios resolverem um caso, ou ainda se princípios restarem conflitantes, o “julgamento” se vê ainda aquém do *Nobre Sonho*, uma vez que essa escolha será um ato legislativo, e não uma descoberta adicional do direito existente.¹⁸²⁴

Pound¹⁸²⁵ busca dar solução as indeterminações onde nem as regras nem os princípios são dotados de respostas aos casos que lhes são apresentados, pois o autor vê que as mesmas

¹⁸¹⁹ROCHA, Leonel Severo. Três Matrizes da Teoria Jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais Hermenêutica e Teoria do Direito**, julho-dezembro 2013, Pp.141-149.

¹⁸²⁰ROCHA, Leonel Severo. Três Matrizes da Teoria Jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais Hermenêutica e Teoria do Direito**, julho-dezembro 2013, Pp.141-149.

¹⁸²¹Para a ora tese não se trata de “coesão social”, mas sim de “adaptação existencial”.

¹⁸²²WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**. A Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. P. 109-110.

¹⁸²³HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P.7.

¹⁸²⁴HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P.152.

¹⁸²⁵A “*sociological jurisprudence*” – a que de modo eminente vai associado, como caput Scholae, o nome de ROSCOE POUND, professor de Harvard (1870-1964) – tem claras afinidades com a germânica Interessenjurisprudenz – afinidades que não resultaram só do conhecimento directo que POUND teve desta

podem ser dadas em “níveis que se encontram acima do sistema jurídico”¹⁸²⁶, quem nem mesmo os princípios consigam responder determinados casos.¹⁸²⁷ Diante das indeterminações do direito positivo, o juiz não deve simplesmente decidir sem atenção adicional ao sistema, conforme entende ser melhor. Esse é o limite mais importante que pesa sobre a escolha judicial e aquele que explica o alto grau de previsibilidade das decisões judiciais em nível recursal.¹⁸²⁸

De outro lado, na teoria do americano Dworkin, os juízes-tribunais, por meio de sua função tem ciência de que “... a convicção política desempenha um importante papel na decisão judicial, e que, em qualquer época, a forma do direito reflete ideologia, poder e aquilo que é erroneamente chamado de “lógica”.”¹⁸²⁹ Um tribunal/juiz, carrega em si mesmo uma forte valoração política, que tem por escopo ordenar o esforço social e individual, para que se deliberem às disputas sociais e individuais, ou melhor, diga-se, para melhor asseverar a justiça entre os cidadãos e entre o seu governo. O direito é um empreendimento político, onde as decisões jurídicas devem tornar prevalentes, os direitos políticos que lhes são preexistentes, desta feita, não é apenas um sistema de regras.

Aqui cabe articular que aos juízes cabe a interpretação jurídica, que refletirá em uma teoria política, que passam a ser incisivas principiológicas diante dos quadros políticos importantes, que tratem de direitos fundamentais, direitos estes albergados e protegidos pelas Constituições. Para Dworkin¹⁸³⁰ o sistema de direito que tem regras explícitas e princípios

jurisprudência, mas sobretudo da comum e decisiva inspiração em IHERING e ainda em BENTHAM (cfr., por todos, FIKENTSCHER, ob. cit., 233, ss.), este último de evidente influência em POUND e também não negável em HECK – e que se traduzem no comungarem ambas no princípio fundamental de que o jurídico, na sua compreensão geral, criação prescritiva e realização concreta, seria determinado (mais geneticamente em HECK, mais funcionalmente em POUND) e teria os seus critérios práticos nos interesses socialmente relevantes. (NEVES, A. Castanheira. **Apontamentos Complementares de Teoria do Direito**. Disponível em: <<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=6681>>. Acessado em: 30/01/2018)

¹⁸²⁶Ideia que POUND retoma no último capítulo do seu *The Spirit of the Common Law*, dedicado à “razão jurídica”, nestes termos: “Consenti que use termos de engenharia, que fale de uma passagem de uma interpretação política ou idealístico-moral a uma engenheirística; consenti que considere o problema do fim do direito em termos de uma grande obra ou de uma série de grandes obras de engenharia social; consenti que diga que esta mutação consiste em pensar não numa abstracta harmonização da vontade de cada indivíduo, mas numa concreta garantia e realização dos interesses humanos. (NEVES, A. Castanheira. **Apontamentos Complementares de Teoria do Direito**. Disponível em: <<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=6681>>. Acessado em: 30/01/2018)

¹⁸²⁷Pound, durante sua longa vida, enfrentou intermitentemente essas questões, e uma de suas respostas parece ter sido que, em níveis ainda mais elevados do sistema jurídico, acima daquele dos princípios, havia os valores ou ideais recebidos do sistema, novamente ou reconhecidos de forma explícita ou inferíveis de suas regras e princípios estabelecidos, e que recorrer a eles seria o suficiente para determinar qual dos vários princípios conflitantes ou alternativos deveria prevalecer. Mas é claro que as mesmas questões poderiam ser levadas ainda mais longe. Os mesmos conflitos e alternativas irão se apresentar no nível mais alto dos valores e ideais recebidos. (HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P.152)

¹⁸²⁸HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P.153.

¹⁸²⁹DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 323.

¹⁸³⁰A exemplo de Pound, ele rejeita a ideia de que o sistema jurídico consista apenas de suas regras de autoridade explícita e enfatiza a importância de princípios implícitos não formulados; (HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P.154)

implícitos caso apresente incompletudes e indeterminações, usam-se os princípios implícitos para o preenchimento destas lacunas por meio da via interpretativa, sendo assim, ocorre a adjudicação do direito, portanto admite ser o direito uma integridade^{1831,1832}. Dworkin é visto como antipositivista e rejeita a ideia de que “... o juiz deva, quando as regras explícitas se mostrarem indeterminadas, deixar de lado os livros jurídicos e começar a legislar segundo sua moralidade pessoal ou sua concepção social e de justiça.”¹⁸³³

Os juízes e tribunais quando buscam a solução para casos concretos “difíceis”, usam-se de um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, aplicando assim, a melhor interpretação da estrutura jurídico-política, da sociedade. Contudo isso: “*Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. Do ponto de vista analítico, é útil distinguir os diferentes aspectos ou dimensões de qualquer teoria funcional.*”¹⁸³⁴ Além disso, “...*pode haver uma multiplicidade de tais princípios gerais que se encaixem igualmente bem no Direito existente, mas que geram soluções muito diferentes para o caso em questão.*”¹⁸³⁵

Quanto à descoberta da decisão correta ela surge da “concepção dos valores fundamentais protegidos pelo sistema, tarefa que cabe ao juiz hercúleo como assim o chama. Destarte, podem encontrar-se assim juízes distintos de origens diversas onde cada um deles pode construir uma teoria hercúlea, sendo as mesmas por obviedade diferentes e conflitantes entre si, não podendo assim, para Hart, achar-se qual é a correta e qual é a errada das decisões: todas as decisões construídas podem estar erradas.

Por força de coerência lógica, qualquer um que tente responder uma questão de valor, seja a questão de qual de duas soluções para o pedido de uma parte é mais justa ou equânime deve, afim de dar sentido a essas questões, *supor que haja uma única resposta objetiva correta em todos esses casos*. O poder concedido aos juízes que inquestionavelmente “criam novo direito” toda vez que decidem um caso problema. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição [...] o Direito é a nossa instituição social mais estruturada e

¹⁸³¹Vide p. Cap. VII, Integridade do Direito, DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁸³²A este respeito, o ordenamento jurídico é considerado como um “todo” integrado tanto pelo Direito explícito (identificado não apenas pelas fontes sociais: legislação, prática judicial, costume, precedente etc.) como por um conjunto de princípios hierarquicamente ordenados que estão implícitos no Direito explícito ou são pressuposto deste. Qualquer parte do Direito explícito é visto como expressão destes princípios, que se constituem na mais sólida e melhor justificação moral do Direito explícito. (ALCALÁ, J. Alberto Del Real. *Certeza do direito versus indeterminação jurídica? O debate entre positivistas e antipositivistas*. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**. Law E-journal PANÓPTICA. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/07_2009_2_nov_fev_130_153pp.pdf>. Acessado em: 30/01/2018)

¹⁸³³HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P.154.

¹⁸³⁴DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 305.

¹⁸³⁵HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P.155.

reveladora.”, “É claro que, nesta visão, o juiz tem que apresentar argumentos para aquilo que ele acredita ser o direito.”¹⁸³⁶

Hart apresentou “... a teoria do direito norte-americano como situada entre dois extremos, o *Pesadelo* e o *Nobre Sonho*; o entendimento de que os juizes sempre criam e nunca encontram o direito que impõe as partes, e o entendimento oposto de que nunca criam.” Mais do que importante foi demonstrar que pelos extremos, “... é que ora juizes fazem uma coisa, ora fazem outra. Obviamente, não é indiferente, mas de grande importância saber qual eles fazem e quando e como o fazem.”¹⁸³⁷

O Professor Leonel Severo Rocha¹⁸³⁸ elucida que a concepção de Estado da Hermenêutica é portanto mais atual que a da filosofia analítica, voltando-se para as instituições sociais e abrindo-se já para o Estado interventor. Entretanto, num certo sentido, esta matriz, já bastante prescritiva, ainda é normativa (normativismo de 2º Grau). Foi com a hermenêutica engenhada por Hart que é refundado o positivismo, de modo que muitos dizem que ele é o responsável pelo positivismo jurídico contemporâneo, fazendo assim com que ocorra uma ruptura no pensamento jurídico, pois estabelece um novo terreno sobre o qual se deve debater o fenômeno jurídico, com a “virada hermenêutica”.

Para Castanheira Neves, não é apenas certo tipo de conceitos jurídicos,¹⁸³⁹ abrangendo tão-só uma certa zona conceitual mais ou menos extensa dos tipos legais, mas sempre parcial e circunscrita, que a autonomia mediadora do juízo e decisão concretos do julgador está presente e que uma intenção normativa constitutivo-concretizadora se terá de afirmar, mas sim em toda a aplicação concreta do direito. A todos os conceitos jurídicos-legais, sejam descritivos ou normativos, determinados ou indeterminados, é própria uma essencial indeterminação normativa que só o julgador ao assumir autonomamente uma concreta intenção de juridicidade, pode vir a determinar, em que concorrem simultaneamente momentos emocionais-volitivos e

¹⁸³⁶HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P.155.

¹⁸³⁷HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P.161.

¹⁸³⁸ROCHA, Leonel Severo. Três Matrizes da Teoria Jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais Hermenêutica e Teoria do Direito**, julho-dezembro 2013, Pp.141-149.

¹⁸³⁹A verdade é que – detrás das diversas sugestivas formulas que venham a ser adotadas para desenhar as margens de abertura do tecido normativo – podem ser detectadas substancialmente duas ordens de fenômenos diversos. De um lado, poderíamos compreender sob a denominação de conceitos-válvulas as hipóteses de direcionamento explícito ou implícito à equidade formativa, isto é, a parâmetros seja como for variáveis no tempo e no espaço (como, por exemplo, a boa-fé e os bons costumes). De outro, toda uma série de fenômenos distintos (como, por exemplo, a equidade integrativa e as assim chamadas leis orientadoras de assinatura em branco, etc) presta-se, por sua vez, a ser recordada sub specie de conceitos indeterminados.[...] a objetividade da valoração discricionária é assegurada pelo fato de que o juiz procede, sempre, mediante raciocínios argumentativos. Trata-se de uma atividade que se desenvolve com respeito ao contraditório e segundo regras sobretudo deontológicas, com a finalidade de assegurar a escolha das melhores alternativas no âmbito interno do razoável (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P.19-20)

objetivos-cognitivos, com uma unidade no ética de juízo-decisão normativo, e relativamente à qual subsunção só pode ter um sentido didático-analógico ou servir apenas de designação para o resultado – pois tal mediação é a essência mesma da aplicação do direito, enquanto decisão em função normativa.¹⁸⁴⁰ A análise do autor rondaria se a discricionariedade poderia ser considerada uma terceira categoria metodológica da aplicação do direito, ao lado da questão de fato e questão de direito, pela qual conclui que:

Daí que tenhamos de chegar à conclusão de que, pelo menos nos resultados, tem razão MERKL e KELSEN: não so não há nenhum fundamento metodológico para distinguir uma pura discricionariedade (quanto aos efeitos jurídicos, de acção, ou administrativa) de uma discricionariedade vinculada (quanto ao *Tatbestand*, de juízo ou judicial) como nem sequer tem qualquer validade metodológica distinguir, no contexto geral da realização do direito, uma estrita aplicação do direito de um decidir discricionário – pois do que se trata sempre, e unitariamente, é de uma concreta constituição (concretização) de juridicidade. É esta a conclusão que podemos dizer já o pano de fundo da doutrina mais recente e esclarecida, e que tende a generalizar-se, o fundamento de uma renovada atitude apenas dogmática sobre o problema da discricionariedade administrativa. **Reconhecido que esta não se impõe como uma categoria metodológica autónoma no quadro metodológico geral da aplicação do direito ou da execução da lei, o problema da discricionariedade volta a pôr-se como a questão tão-só do controle jurisdicional da actividade administrativa.** Esse controle deveria ter-se por excluído em certas questões ou em certos domínios da actividade, não porque não pudessem dizer-se metodologicamente abrangidas pela aplicação do direito mas porque o seu controle seria em certos casos praticamente impossível pela diferente posição (quanto aos elementos do caso a resolver e à disponibilidade deles) por parte do órgão administrativo e do órgão jurisdicional, ou porque seria inconveniente, não so em razão dessa diferente posição, mas sobretudo pela diferente atitude com que um e outro consideravam o mesmo problema concreto, ou para garantir uma relativa autonomia exigida pela especificidade da função administrativa, ou simplesmente porque, na liberdade das suas opções político-jurídicas na estruturação funcional da ordem jurídica assim o prescreve, e só quando o prescreve, o legislador. Para nós, no entanto, aquela invalidade metodológica do distinguir entre subsunção por um lado e discricionariedade por outro, que acabamos de ver comprovado no próprio problema da discricionariedade, vem a traduzir-se num efeito diferente. Pois se este problema, enquanto problema metodológico, se nos revelou como um produto da teoria subsuntiva da aplicação do direito, no meio da qual surgiu, e no fundo para a salvaguardar - o que uma tal concepção repelia tornava-se inócuo remetendo-o pura e simplesmente para um outro domínio, para uma outra questão – o que aquela invalidade verdadeiramente significa, afinal, é a impossibilidade para a teoria subsuntiva de compreender o sentido e de prescrever o processo metodológico-jurídicos da aplicação do direito. A aplicação do direito e a discricionariedade acabaram por confundir-se apenas porque aquela se foi mostrando insusceptível de reduzir-se a uma subsunção – porque não é real e metodologicamente uma subsunção. O problema da discricionariedade pouco mais nos oferece do que esta conclusão negativa; mas já isso indubitavelmente implica aquilo mesmo que nele não encontramos – uma revisão metodológica do problema geral da aplicação do direito, em ordem a podermos compreendê-los e fundamenta-lo nas dimensões que são decerto as suas: normativa, concreta e unitário constitutiva.¹⁸⁴¹ (g.n)

¹⁸⁴⁰ NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade.** Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.419-420.

¹⁸⁴¹ NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade.** Coimbra: Livraria Almedina, 1967. P.419-420.

A discussão sobre o conceito de discricionariedade - se existe ou não - é algo que há muito se observa a partir da produção de diversos autores. A discricionariedade, mais do que um problema da imputação de uma faculdade discricionária uma solução dogmática (ao entenderem que de discricionariedade só se poderá falar, qualquer que seja o conteúdo ou o tipo dos conceitos das normas positivas, se houver uma deliberada intenção legislativa nesse sentido, a reconhecer por interpretação) vemos que a perspectiva dominante na doutrina se orienta em termos de considerar o critério da discricionariedade como puramente metodológico, o que restou desvelado junto à construção de Castanheira.

Frente ao exposto, podemos dizer que, para além da separação entre fato e direito realizado por aqueles que tendenciam a buscar uma resposta correta ao direito, bem como pela necessidade de consideração dos fatos para a consideração do direito (jurisprudencialismo) argumenta-se aqui que o direito será aplicado e construído a partir do desvelamento do fenômeno, que não *cinge* as questões de fato e de direito, ao considerar o direito como prévio à Lei.

5.3 - Discricionariedade como Flexibilização da Congruência Processual e Arbitrariedade como Incongruência Processual

Inicialmente, resta posto que todo o Estado-Juiz precisa dispor de discricionariedade e de arbitrariedade para realizar sua função, pois precisa atender aos anseios da responsabilidade social e da democracia participativa, o que é realizado sempre com a governança processual das partes, acostado pela dinamicidade processual que vem a ganhar a legitimidade democrática processual, com a compreensão hermenêutica, que serve de gênese do direito objetivo processual.

Desvendado o conceito da discricionariedade, viu-se que a norma jurídica é *sempre* interpretada, não se tratando a discricionariedade de uma mera metodologia. Por sempre haver interpretação, podemos dizer que a discricionariedade ocasiona uma *flexibilização da congruência processual*, pois modifica o objeto do processo.

A Motivação da decisão Judicial^{1842,1843} incide do decidir, apontar a qualidade jurídica determinada junto ao objeto do processo, sendo que este representa a crise da legalidade, pois classicamente afirma-se que a decisão judicial está adstrita ao objeto do processo, cuja resposta ao fim do processo deve se limitar à causa de pedir. Ocorre que esta formulação exaspera sempre uma discordância mais ou menos aguda entre leis em vigor e as exigências sociais. Torna-se visível no campo Judiciário, naquele singular fenômeno de patologia judiciária que se pode chamar da crise motivacional, vivenciada por nossos Tribunais.¹⁸⁴⁴

A discricionariedade judicial¹⁸⁴⁵, dessa forma, dinamiza a motivação da decisão judicial ao operar na vinculação da atividade jurisdicional como fosse o Estado-Juiz não somente mero aplicador da lei, na medida em que ultrapassa seus limites dogmáticos e estritos projetados pela estática vinculação do caso ao texto, exasperando uma preocupação com o contexto. O fenômeno conflitológico de interesses perpassa os cânones legais por serem dinâmicos frente essa estaticidade legalista, exigindo que a discricionariedade atue ela acaba por operar via compreensão hermenêutica e é delineada pela fundamentação judicial da decisão expondo a gênese formativo do direito objetivo processual.

No sentido clássico, *discricionariedade* é vista como voltada à lei, tendo relação com o direito subjetivo e, por isto, a discricionariedade parece especialmente reflexiva do individualismo¹⁸⁴⁶, provendo de uma interpretação extensiva da lei, na medida em que se apregoa ao *ius dicere* e acaba ultrapassando os limites e possibilidades do Estado-Legiferante,

¹⁸⁴²Nel processo la prestazione indefettibile dell'autorità giudiziaria è la qualificazione giuridica del fatto, la quale presuppone l'accertamento del fatto riformulato in termini giuridici (scomposto nei fatti rilevanti secondo la qualificazione giuridica assunta) e alla quale consegue l'accertamento o la costituzione dell'effetto giuridico preteso dall'attore. Qualora il caso ricada sotto l'ambito di una norma differente rispetto a quella invocata, due sono le alternative: consentire al giudice di riqualificare il fatto, oppure imporre al giudice di rigettare la domanda. Ritenuta valida, anche in ragione di una scelta valoriale, la prima opzione non si è ancora in grado di delimitarne l'estensione oggettiva: per quanto riguarda i limiti entro i quali può spiegare legittimamente efficacia, difatti, il potere-dovere di qualificazione giuridica si muove all'interno del principio della domanda e del diritto fatto valere in giudizio (fino al limite del concorso di azioni, ma ovviamente escluso questo); per quanto attiene alle modalità di esercizio, deve essere esercitato in conformità al principio del contraddittorio; per quanto attiene alle limitazioni che possano provenire da altri istituti, deve essere confrontato con le disposizioni processuali che tendono nel progredire del giudizio a precludere al giudice la valutazione o rivalutazione di questioni rilevanti (sentenze non definitive, principio di diritto, motivi di impugnazione) e che quindi sono idonee ad arrestarne l'efficacia espansiva anche all'interno del perimetro tracciato dal principio della domanda. (SANTINI, Marco. **Iura novit curia**. Bologna: Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, 2012. Dottorato di Ricerca in Diritto processuale civile, 2012. P.1-2)

¹⁸⁴³O dever da publicidade, tanto quanto o da motivação, enquanto discurso justificativo, constituem os tramites necessários para verificar se o juiz exerceu ou não corretamente o poder discricionário (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P.20)

¹⁸⁴⁴CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 78

¹⁸⁴⁵Vide: ETCHEVERRY, Juan B. *Discrecionalidad Judicial*. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, vol.02, Pp.1389-1418.

¹⁸⁴⁶CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. *Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural*. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 131.

mas estando adstrita aos limites jurídicos e ao objeto do processo.¹⁸⁴⁷ Por este sentido, a discricionariedade é possuir várias opções a partir da lei. A discricionariedade é, nesse sentido, a condição em que o órgão judicial está localizado se as indicações jurídicas incontestáveis não lhe mostrem a resposta um (e apenas uma) a ser dada a ele.¹⁸⁴⁸

Entretanto, a discricionariedade ultrapassa o objeto do processo, na medida em que a lide ultrapassa este. A questão não é a quantidade de opções que o intérprete possui a partir da discricionariedade,¹⁸⁴⁹ mas maneira pela qual fundamentará e motivará sua decisão a qual aqui se postula seja pela análise do fenômeno posto pela dialética processual, que extrapola a consideração do objeto do litígio.

Se a interpretação criativa do direito pela jurisprudência se justifica pela exigência de adequar a letra da lei à exigência da sociedade, é evidente que a mesma jurisprudência não pode entender-se como um direito cristalizado, e, como tal, insensível à evolução social.¹⁸⁵⁰ A discricionariedade, impõe-na em detrimento da arbitrariedade,¹⁸⁵¹ por ser a discricionariedade

¹⁸⁴⁷La domanda cade a proposito se di imagina il caso che um giudice condanni um imputato ad una pena maggiore di quella prevista dal codice penale, oppure renda nullo um contrato per una ragione non explicitamente considerata nella disciplina che regula i contratti. A mio avviso la risposta dovrebbe essere negativa, in quanto il termine ad um ventaglio bem determinato di alternative, non di più. Così come non si da l'alternativa discrezionale di prender ela metropolitana per andare al lavoro se la fermata più vicina è situata a due chilometri dall'ufficio, nello stesso modo il giudice che dovesse agire nei seni appena indicati non starebbe agendo discrezionalmente, dato che la possibilità scelte si trovano al di fuori dele aternative che derivano dal contesto in cui deve decidere (la sua posizione istituzionale, l'enorme di procedure, i codici, i fatti del caso, ecc.) (DÍAZ, Adrián Rentería. Discrezionalità del Giudice o Risposta Corretta? **Revista de processo**, n.º 83, Ano 21, Julho-Setembro 1996, Pp.128-164.P.129)

¹⁸⁴⁸ DÍAZ, Adrián Rentería. Discrezionalità del Giudice o Risposta Corretta? **Revista de processo**. n.º 83. Ano 21. Julho-Setembro 1996. Pp.128-164.P.128.

¹⁸⁴⁹ [...] l'applicazione del critério quantitativo delle alternative non sia di grande aiuto; infatti, un trato distintivo del concetto è la possibilità di scelta, mentre, d'altra parte, che le alternative siano due o tre o cento reppresentà un fattore contingente che nulla aggiunge al concetto. (DÍAZ, Adrián Rentería. Discrezionalità del Giudice o Risposta Corretta? **Revista de processo**. n.º 83. Ano 21. Julho-Setembro 1996. Pp.128-164. P.132)

¹⁸⁵⁰PROSPERI, Francesco. Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile. **Civilistica**, Rio de Janeiro, a. 5, n.º 2, 2016, Pp.1-43. P. 29.

¹⁸⁵¹ El término discreción se refiere a la cualidad que poseen algunos seres humanos de prudencia, capacidad de reflexión, sensatez y buen juicio. Procede del latín discretio- onis. De forma más amplia se utiliza referida a la cualidad de expresarse con ingenio, agudeza, prudencia y circunspección. También puede relacionarse con el libre arbitrio entendido como la posibilidad de usar de la libre voluntad sin tasa ni limitación. La relación con la arbitrariedad, incluso su proximidad, queda patente en estas líneas. Sin embargo no es acertado asegurar que nos encontramos en presencia de dos conceptos iguales. Muy al contrario, y como ya se ha dicho, la arbitrariedad es una conducta prohibida por derecho mientras que la discrecionalidad no sólo está permitida sino que debe ser exigida cara a la obtención de la justicia. La diferencia fundamental que existe entre ambos tipos de conducta, se sitúa en el hecho de que sí bien la discrecionalidad implica la posibilidad de elegir, esto no se puede hacer de cualquier manera, sino buscando la solución más adecuada, más justa, en suma, más responsable. En el ámbito de los poderes públicos, esta capacidad lejos de constituir un problema se convierte en esencial para asegurar la posibilidad del ejercicio de su función, ya que la aplicación estricta de las leyes proporcionaría un resultado inasumible para la sociedad actual. No obstante, lo dicho, es preciso que los actos discrecionales de cualquier poder del Estado sean férreamente controlados a fin de que no traspasen en modo alguno la frontera de lo permitido, discrecionalidad, pasándose hacia lo prohibido, arbitrariedad. (PARGA, Milagros Otero. **La Responsabilidad Social de la Función Juzgadora**. Acessado em 26/11/2017. Disponível em: <<https://www.tribunalqro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=6&cronicaJudicial=1>>. P.24)

uma espécie de mecanismo corretor da lei, capaz de suprir deficiências e indeterminações presentes na lei diante do caso concreto.

Naturalmente, ao se falar tanto em discricionariedade quanto em arbitrariedade emerge um grande preconceito. Isto porque o princípio dispositivo vem ligado a aspectos que delimitam a atuação do juiz ao objeto do processo e ao princípio da congruência, de modo que falar em discricionariedade e arbitrariedade, podemos dizer, tornou-se um verdadeiro tabu. Tanto a discricionariedade quanto a arbitrariedade apresentam similitudes e grandes distinções. A discricionariedade e a arbitrariedade ainda são geralmente tratadas por uma propensão relacionada aos problemas relativos à interpretação dos textos legislativos, deixando questões relacionadas à determinação de fatos relegados para um espaço residual, quase como se estivessem lá, pronto para ser subsumido sob a regra geral do caso.¹⁸⁵² Por vezes, inclusive observa-se que ambos os conceitos possuem seus significados inversos¹⁸⁵³.

A palavra arbitrariedade gera muitas polêmicas e opiniões contrárias quanto à sua prevalência no direito. Muito deste grande preconceito, que encontramos em grandes doutrinas e em diversas outras produções científicas, advêm de concepções errôneas acerca do significado da arbitrariedade junto ao direito. A arbitrariedade penetra na ciência e constitui uma fonte inesgotável de dúvidas. Para resolver essas dúvidas, a ciência deve buscar sistematizar o arbitrário.¹⁸⁵⁴ Desse modo, a arbitrariedade é compreendida tradicionalmente em seu sentido negativo frente ao Judiciário¹⁸⁵⁵, é conectada à ausência de motivação e de suporte legal na decisão.

¹⁸⁵²DÍAZ, Adrián Rentería. Discrezionalità del Giudice o Risposta Corretta? *Revista de processo*, n.º 83, Ano 21, Julho-Setembro 1996, Pp.128-164.P.132.

¹⁸⁵³Por exemplo, na frase que segue, observa-se que o significado de discricionariedade é aquele atribuído à arbitrariedade, conforme acima conceituado “La discrecionalidad, en su significado más sólido, implica la facultad de adoptar resoluciones sin restricción alguna por parte de la normativa legal y de forma inapelable ante una autoridad de mayor rango” em CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 109.

¹⁸⁵⁴La arbitrariedad en las últimas determinaciones de la ley positiva penetra también en la ciencia. Lo arbitrario en estas determinaciones limitativas de formas, plazos, etc., quedará según su propia naturaleza y pese a la más cuidadosa redacción de una fuente inagotable de dudas. La ciencia se encuentra con la ingrata misión de resolver estas dudas, de sistematizar lo arbitrario. Todos los comentarios donde se trata de semejantes formalidades son extensísimos. ¡Qué pozos de erudición han llegado a ser las discusiones sobre las solemnidades de los testamentos en el Derecho Romano o la admonición de las mujeres con ocasión de las fianzas en el Derecho Prusiano! Otro botón de muestra espléndido es la novísima ley de 1845 sobre la forma de los instrumentos notariales. No cabe duda alguna que se ha aplicado el máximo cuidado en la redacción de esta ley; y, no obstante, qué cantidad de dudas han surgido durante estos dos años. Si se examina detalladamente la manera de ser de estas dudas, la ciencia baja los ojos avergonzadamente. (VON KIRCHMANN, Julius Hermann. **La Jurisprudencia no es Ciencia**: el carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. Disponível em: <https://kupdf.com/download/von-kirchmann-julius-hermann-la-jurisprudencia-no-es-una-ciencia-pdf_590377f0dc0d60d61d959f14_pdf>P. 36-37)

¹⁸⁵⁵El término arbitrariedad procede del latín *arbitrarius* que significa caprichoso, incierto y dudoso. Se entiende que cualquier conducta arbitraria es contraria a derecho pues implica la ausencia de parámetros legales de conducta. Una conducta merece el calificativo de arbitraria cuando el sujeto que la realiza obra sin tener en cuenta ningún tipo de regla previamente establecida. Este tipo de comportamiento, con independencia del resultado que

Em razão da arbitrariedade aqui defendida readequar-se na fundamentação da decisão (*ius facere*), e não na *motivação da decisão*, muitos dos doutrinadores que militam junto ao

logre, es contrario a la razón, y al derecho puesto que aunque alcance una respuesta que pueda parecer en principio más adecuada, siempre será subjetiva, insegura y desigual. Algunos juristas han sostenido que la arbitrariedad únicamente implica la posibilidad de actuar sin sujeción absoluta a la letra de la ley, posibilitando por lo tanto un uso racional de la misma por parte de algunos operadores jurídicos. Por tanto esta conducta, así entendida, no sólo no debe ser prohibida, sino por el contrario, debe ser potenciada en aras al alcance de la equidad. Los que esto sostienen alegan que la aplicación estricta de la ley puede ser, es de hecho, muy dura en algunos casos. Para evitar un uso irracional de la misma que saque de contexto el propio espíritu de la norma es preciso admitir la existencia de la arbitrariedad entendida como la posibilidad de utilizar la razón por parte de quien tiene poder de decisión en cuanto a la aplicación concreta de la ley. Una vez analizados estos términos, puede dar la sensación de que el vocablo arbitrariedad no debe ser considerado en sí mismo contrario a derecho. Parece ser, por el contrario, una forma de ejercicio de la libertad sin sujeción a límites externos que sólo puede ser considerada jurídicamente negativa o contraria al orden jurídico en función de sus resultados, y nunca a priori. Parece que la raíz general de los términos utilizados es arbitrare, que ciertamente no tiene connotación negativa o contraria a derecho. De ella dependen los vocablos que proceden de los términos arbitrium y arbiter, que mantienen la misma connotación de elección aludida. Sin embargo de la raíz arbitriarius o arbitrario, comienzan a aparecer los vocablos con significado de conducta contraria a derecho, puesto que de ahí surgen los términos arbitrariedad y arbitrario. En cualquier caso y aunque produzca cierta perplejidad este pequeño estudio etimológico, lo cierto es que el ordenamiento jurídico es muy claro en cuanto a la cuestión. Sentadas estas bases, conviene recalcar el hecho de que no toda conducta caprichosa o antijurídica constituye arbitrariedad en sí misma. Para que ésta se produzca, al menos desde el punto de vista de la técnica jurídica, es necesario que concurren una serie de elementos. La conducta de referencia ha de ser antijurídica, entendiéndose por esto tanto las conductas contrarias a derecho como aquellas otras que sin poder ser calificadas de esta manera, constituyen en todo caso irregularidades formales. Muchos actos contrarios a derecho no son técnicamente delitos y por es todavía es más importante frenarlos a través de la vía de la interdicción de la arbitrariedad ya que no cabría otra posibilidad. En segundo lugar para que una conducta pueda ser calificada como arbitraria debe proceder del Estado o poder público; Aunque toda arbitrariedad es en sí misma negatoria de derecho, no todos los actos contrarios a derecho implican en sí mismos arbitrariedad, sino únicamente aquellos que proceden de quienes tienen la posibilidad de imponer su criterio a través de la fuerza coactiva que puede desarrollar el Estado. La tercera característica, que ha de reunir una conducta para poder ser calificada como arbitraria se refiere a la irregularidad caprichosa. Obrar de acuerdo con el derecho implica seguir unos parámetros de conducta previamente establecidos e iguales para todos. La arbitrariedad supone exactamente lo contrario ya que implica irregularidad caprichosa y por tanto falta de certeza y seguridad del administrado. En relación con esta afirmación, son muy significativas las palabras de Radbruch en tanto en cuanto afirman que una ordenación jurídica que sólo pretenda valer para algunos seres humanos y para algunas conductas, con independencia del mayor o menor grado de justicia alcanzado en cuanto a su resultado, nunca podría ser considerada derecho sino arbitrariedad, pues vulneraría, además, el principio de igualdad ante la ley al que tiene derecho todo ciudadano. Es importante insistir en que el resultado obtenido como consecuencia de una conducta arbitraria es irrelevante en orden a la calificación de dicha conducta. Aceptar la posibilidad de que los operadores jurídicos pudieran actuar de forma caprichosa, implicaría darles el poder de quedar exentos de las leyes. El resultado aunque pudiera ser positivo en algún caso, ante la eventual falta de adecuación a la justicia de una norma concreta o de una situación especial, iría en contra de la legalidad y la igualdad ante la ley y colocaría a los operadores jurídicos y a los administrados en una situación imposible de manejar. Los jueces tendrían que ser los únicos depositarios de la justicia. Creo que es una carga excesiva y que colocaría al ser humano juez en una situación de privilegio por encima de los demás ciudadanos, difícilmente justificable. En función de lo expuesto es posible afirmar que la arbitrariedad, técnicamente considerada, con los requisitos aludidos que se concretan en conducta antijurídica, realizada por el Estado o poder público y que contenga en sí misma irregularidad caprichosa, constituye una conducta contraria a derecho y por tanto debe ser, como de hecho es en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, prohibida expresamente por ley. Los poderes públicos deben actuar en todo caso de acuerdo con los requisitos que establecen las normas. Cualquier conducta que de forma caprichosa se aleje de esta pauta, con independencia del resultado que produzca, debe ser evitada por cualquier poder habida cuenta de la responsabilidad social que ésta actitud conllevaría. Por lo que al término arbitrio, árbitro, arbitraje o libre albedrío se refiere, se mantiene la posibilidad del uso de la libertad y del razonamiento para la obtención del resultado más justo posible en los casos en los que el sometimiento pleno a la ley no sea factible o no esté previsto. Esta doble posibilidad lejos de ser contraria a derecho creo que muestra, de nuevo, la riqueza de la realidad jurídica y la búsqueda constante de la justicia. (PARGA, Milagros Otero. **La Responsabilidad Social de la Función Juzgadora**. Acessado em 26/11/2017. Disponível em: <<https://www.tribunalqro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=6&cronicaJudicial=1>>. P.21-23)

direito subjetivo consideram a arbitrariedade em seu sentido nocivo, dificultando a devida compreensão do termo, pois, para estes, o processo deve servir à congruência processual. A concepção de arbitrariedade consiste no reconhecimento dos Fatos aqueles não reconhecidos juridicamente, identificando-se com a *auctoritas*. Desse modo, extrapola os limites legais: supera a lei e se projeta como um caso paradigma a demais casos similares que ocorram em similitude com o que fora julgado.

O fenômeno é maior que os fatos; maior que os conflitos. O fenômeno é mais amplo que o fato e o direito, pois absorve todos os fenômenos contextuais e textuais e não se apregoa ao suporte fático preexistente na norma. Fenômeno tem em sua epistemologia a *existência* que apresenta uma diversidade muito grande de tutelas adaptativas existenciais. Vale lembrar a seguinte assertiva de Atienza sobre o abuso de direito, quando é favorável à aplicação de princípios jurídicos para a abertura dos fatos junto ao ordenamento jurídico, o que encontra espaço junto à arbitrariedade, que, como visto, possui relação direta com os *fatos* em sentido fenomênico. “Nosso relativo desconhecimento dos fatos futuros faz com que não possamos antecipar, caracterizando-as descritivamente, todas as circunstâncias em que as regras, à luz dos princípios, devem ser excepcionadas”.¹⁸⁵⁶

Distinguiu-se, portanto, entre as discrições reais e prerrogativas (relevante se a escolha discricionária que você conhece fazer dentro de certos limites) e entre escolhas que, em vez disso, ocorrem fora dos limites implícitos no contexto de referência Um termo que pode ser adequado para indicar o último conceito é talvez um arbítrio. No contexto específico da discrição do juiz, haveria "arbitramento" se escolher uma alternativa não presente no intervalo de escolhas concedidas pelas regras que regem o caso em questão.¹⁸⁵⁷

A decisão pela qual o juiz põe termo a uma disputa baseia-se não apenas na regra legal a ser aplicada e a partir do qual se podem tirar as consequências, mas também e especialmente nos fatos específicos de que a disputa se origina, que darão ensejo, por sua vez, à norma individual.

Tanto a discricionariedade quanto à arbitrariedade repousam em uma contra-ideia do que se propõe ao processo até então pelo racionalismo científico, responsável por criar uma atmosfera de segurança e certeza quanto ao direito. São dois institutos que saíram de técnicas

¹⁸⁵⁶ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**: Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. São Paulo: Marcial Pons, 2014.P. 51.

¹⁸⁵⁷DÍAZ, Adrián Rentería. Discrezionalità del Giudice o Risposta Corretta? **Revista de processo**, n.º 83, Ano 21, Julho-Setembro 1996, Pp.128-164. P.131.

decisionais e se apregoam à teoria do conhecimento anti-racionalista, cuja decisão tem morada no desvelamento do fenômeno existencial.

5.4 - A Importância da Flexibilização da Congruência e da Incongruência para que o Processo seja Gênese do Direito

Los textos hablan de mundos posibles y de maneras posibles de orientarse en esos mundos. De esta manera, descubrir-abrir es el equivalente, para los textos escritos, de la referencia ostensiva para el lenguaje hablado. La interpretación deviene entonces la aprehensión de las proposiciones de mundo abiertas por las referencias no ostensivas del texto.¹⁸⁵⁸

Com as transformações do Estado, chegando-se ao Estado Ativo-Responsivo, a função jurisdicional (ativa)¹⁸⁵⁹ já não se situa no estratagema da filosofia da consciência, superando, dessa forma, críticas¹⁸⁶⁰ conduzidas à arbitrariedade e a discricionariedade.¹⁸⁶¹ As críticas, (opostas à criação do direito pelo juiz), terminam por negar ou admitir, em todo o caso, a

¹⁸⁵⁸RICCOEUR, Paul. **Hermenéutica y Acción**. De la Hermenéutica del Texto a la Hermenéutica de la Acción. Ensayos de Hermenéutica II. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. P. 52.

¹⁸⁵⁹El juez activo y cooperativo, tal cual se lo conoce en el sistema austro-alemán, francés, y ahora inglés y español, aparece como una figura democrática fundamental con varios puntos de moderación. (STÜRNER, Rolf. Derecho procesal y culturas jurídicas. **Revista Ius et Praxis**, 13 (1): 435 - 462, 2007.

¹⁸⁶⁰A partir da matriz hermenêutica (filosófica), pela qual não mais é possível cindir interpretação e aplicação, a admissão da discricionariedade nada mais é do que uma aposta no esquema sujeito-objeto. Assim, ao se admitir a discricionariedade, está-se admitindo um grande espaço de relatividade que enfraquece o sentido da construção democrática do direito (no caso, falo do paradigma ancorado no constitucionalismo do segundo pós-guerra). No fundo, constitucionalismo e discricionariedade são antiéticos. A isso: no plano de uma “autônoma razão teórica”, é possível vislumbrar “n” respostas para cada problema...! (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, 2010.P.172)

¹⁸⁶¹Entretanto, em um nível mais sofisticado, esse triunfo da discricionariedade deve à permanecer do paradigma da filosofia da consciência em termos de fundamento, assim como a analítica da linguagem – que desenvolve uma reflexão num nível semântico – do ponto de vista metodológico. Portanto, na linha do que desenvolvi em outros textos (em especial, em Verdade e Consenso), a discricionariedade está ligada ao problema da resposta, da decisão, embora, paradoxalmente, esta – discricionariedade e suas variações que conduzem à arbitrariedade – sobrevivam exatamente por deixarem de lado a discussão acerca da decisão. Ou seja, em face da cisão entre interpretação e aplicação, as teorias analíticas – e não vou falar (mais do que acontece na vulgata em que se transformou a dogmática jurídica dominante – apostam na aplicação de algo que possui existência autônoma, como que a reprecinar o dualismo kantiano entre razão teórica e razão prática. É por isso, aliás, que as teorias analíticas – em especial as teorias da argumentação – negam a possibilidade de respostas corretas, apostando em múltiplas respostas. Parece óbvio isso: no plano de uma “autônoma razão teórica”, é possível vislumbrar “n” respostas para cada problema...! (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, 2010. P. 172)

discricionariedade do juiz; discricionariedade, a sua vez, equiparada a *poder* em sentido próprio.¹⁸⁶²

Dos argumentos principais, que objetam ser antimajoritário e antidemocrático, é sustentado também aquele que se traduz na criação do direito como controle de validade do Direito Legislativo.¹⁸⁶³ Dessa forma, a responsabilidade social do juiz encontra importante conexão junto à discricionariedade e arbitrariedade, o processo em sua dinamicidade encontra na jurisdição a legitimidade democrática processual centrada na politização do processo, e não na figura do Estado Juiz.

Tanto a discricionariedade e a arbitrariedade são as válvulas *processuais* de escape da letra da lei. Tanto a arbitrariedade quanto à discricionariedade apresentam conceito próximo no que toca ao sentido de perpassar a vontade do Estado-Legiferante pela vontade do Estado-Juiz, voltado na atualidade à governança processual.

¹⁸⁶²PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2008. P.15.

¹⁸⁶³ Consenso e dissensão são expressos pelas eleições populares: o eleitorado pode aprovar a atividade dos próprios legisladores confirmando-a pelas eleições, ou condena-la, negando-lhe confirmação. Em suma, existe uma contínua relação entre os legisladores e o povo soberano, que se traduz numa repsonsabilidade política daqueles em confronto com o povo. Os juízes, ao contrario, em regra, não estão atados numa semelhante relação de responsabilidade. Ainda quando esses são de nomeação política, como sucede, em geral, nos países common law, e nos países continentais, fazendo parte de uma especial carreira profissional os juízes, ao menos, ficam teoricamente agastados das pressões políticas e das paixões populares do momento. Devemos, então, enfrentar a questão para saber se a criação do direito por obra de uma categoria ou elite não está em conflito com as noções de legitimidade democrática, que nos são caras, e que reputamos inderrogáveis. Uma primeira resposta a tal questão poderia ser sugerida por uma indagação mais realista a respeito das democracias contemporâneas. Antes de limitar a observação críticas às Cortes de Justiça e constatar a (eventual) não democratividade, seria, verdadeiramente, mais realístico desenvolver uma análise comparada perguntando se e quanto a criação jurisprudencial do Direito possa ser antidemocrática (ou a – democrática) em comparação com outras formas de criação do Direito. Já vimos, entretanto, como amplos poderes normativos são, expressa ou tacitamente, delegados à Administração Pública; e parece legítimo realçar mais do que uma dúvida, por exemplo, sobre a “democraticidade” de certas normas crias, muitas vezes, por anônimos colégios de burocratas, cuja responsabilidade política confronta com a cidadania, não parece maior do que aquela de um colégio judiciário. Sem, pois, dizer que os próprios paralamentos, com sua hierarquia, alianças, suserviencias e reagrupamentos políticos, e com seus compromissos impregnados de táticas e estratégicas dos partidos (políticos), estão bem longe de refletir, sempre, o sentimento da maioria popular. Tudo somado, poderíamos, definitivamente, ser levados a sustentar, com Shapiro e outros politicólogos, que, no geral, numa valoração, não idealizante quanto à representação democrática, o Judiciário não é muito pior que os outros atores que operam no cenário da República contemporânea. E isso é, certamente, mais vizinho da realidade naqueles sistemas nos quais os juízes são de nomeação política, embora eletiva; a nomeação política assegura, efetivamente, que a filosofia política das Cortes não fique, por muito tempo, em contraste com aquela da “aliança política” dominante, como foi provado, por exemplo, na duração relativamente breve da oposição da Supreme Court estadunidende à filosofia do New Deal roseveltiano. Mesmo em sistemas como o nosso, onde prevalece o juiz de carreira as Cortes, sendo obrigadas a motivar, publicamente as próprias pronuncias, são, de certo modo, mais responsabilizáveis do que muitos órgãos administrativos embora as suas deliberações sejam subtraídas do escrutínio publico. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Volume I Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 20-21)

Existe um *dever de discricionarietà*¹⁸⁶⁴, reflexo da responsabilidade sociopolítica do juiz. Há, pode-se afirmar, necessidade de considerar a dimensão concreto-material (implicada pela indispensável consideração dos casos-problemas jurídicos concretos) da realização do direito. A juridicidade não repele a referência ao concreto (a justiça do caso-problema concreto), como se fora o seu contrário.¹⁸⁶⁵

Uma virtude do Judiciário é, propriamente, aquela de saber frustrar o ramo político quando este, por estar muito ligado aos sentimentos majoritários, atropela certos direitos fundamentais do indivíduo ou das minorias; um exemplo conhecido universalmente é o da proteção dos direitos civis da minoria negra por parte de obra da Corte de Warren, nos anos cinquenta e sessenta. Protegendo esses grupos, que não se encontram na posição de acesso ao processo político, as Cortes de Justiça aumentam o conjunto representativo dos nossos sistemas de governo.¹⁸⁶⁶

O processo, posto ao centro dessa discussão, serve como centro da formação do direito a partir do caso-problema, pois o mundo jurídico não está circunscrito somente na Lei. Essa visão do direito, que se encaminha para uma visão *contradogmática* encontra respaldo no fato de o direito ser, nas palavras de Salvatore Satta, *o ser* da relação humana.¹⁸⁶⁷ O direito está fora da lei e se impõe a Lei, de modo que os direitos subjetivos são apenas condições do próprio ser que *não podem ser desconhecidas e negadas* e, de outro lado, a partir das decisões judiciais deve o processo pela criação do direito pela decisão judicial *restituir* o ser que até então não foi reconhecido.¹⁸⁶⁸

¹⁸⁶⁴Occorre, perciò, riferirsi a dovere discrezionale, intendendosi che l'organo pubblico ha margini di scelta quanto al contenuto della condotta da tenere, ma pur sempre nell'ambito dell'esercizio di un dovere. (MARENCO, Roberto. **La Discrezionalità del Giudice Civile**. Torino: Giappichelli Editore, 1996. P.60)

¹⁸⁶⁵NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.P.351.

¹⁸⁶⁶CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Volume I Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 22.

¹⁸⁶⁷Resta dunque il secondo modo di intendere il riferimento al concreto: conoscenza del fatto. Ma che cosa è la conoscenza del fatto se non il diritto? Se ci si pensa un istante, si vede subito che il diritto non è altro che l'essere del rapporto umano, un essere necessitato, assoluto, l'unica terrena forma di conoscenza che a noi è dato avere dell'essere, tanto sicura che tutti in sostanza la possediamo, perché tutti viviamo giuridicamente anche senza aver mai aperto il codice, e vivendo continuamente creiamo diritto e nell'atto stesso del porlo lo conosciamo. La via di questa conoscenza è il giudizio, lo ius dicere, meravigliosa parola che esprime ad un tempo il conoscere e il creare, l'atto veramente creativo della conoscenza, il trovare il diritto non fuori di noi, ma in noi. Quello scrittore francese che diceva che il diritto è quello che i giudici dicono essere diritto credeva di portare una nota scettica, e invece esprimeva una profonda verità, anzi l'unica verità che si possa esprimere a definizione del diritto. (SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.53-54)

¹⁸⁶⁸È però straordinariamente importante che questo problema sia stato visto come particolare, cioè in funzione di un istituto positivo. In definitiva si viene a dir questo: i diritti soggettivi e gli interessi legittimi, cioè le posizioni soggettive dei cittadini di fronte agli atti della pubblica Amministrazione, non sono concessioni di un legislatore più o meno capriccioso, sono condizioni dell'essere che non si possono disconoscere senza negarle, e quindi senza negare il diritto. La privazione della tutela giurisdizionale operava questo disconoscimento, quindi non era diritto: era solo forza. Il ristabilimento della tutela non crea nulla, restituisce l'essere al soggetto, il suo essere che possiamo chiamare naturale o giuridico, indifferentemente, perché i due termini si identificano, se è vero quel che sopra abbiamo detto.

Afirma-se que as novas relações entre Direito e Política são tomadas como inevitáveis ao enriquecimento da agenda igualitária, encontra-se esculpida e fundamentada na Supremacia da Constituição, onde o Judiciário passa a dar guarida por meio de sua criatividade às políticas públicas, tendo como função precípua, garanti-las, efetivá-las e concretizá-las. Assim incide a prevalência da Constituição, por outros critérios que determinem a atividade jurisdicional, quais sejam, os princípios de direito e as diretrizes políticas.

As questões processuais levantadas diante do julgamento político, são complexas, especificadas como questões substantivas, tratadas como questões de princípios de moral política, onde a “[...] *decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si.*”¹⁸⁶⁹, quanto à interface de ambos, onde faz grande esforço para submeter a divisão que mobiliza o direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social, pois através de uma interpretação constitucional, esta sim tomará dimensão de política.

A tarefa de dar cumprimento à Constituição é confiada mais aos juízes comuns do que ao Tribunal Constitucional, ao qual apenas a eficácia *erga omnes* de suas decisões judiciais de aceitação permaneceu "exclusiva". Assim, os juízes comuns devem compreender hermeneuticamente tais princípios em todas as áreas do ordenamento.¹⁸⁷⁰

Quando Savigny lançou as bases contra a codificação, asseverou que é indispensável a existência de uma legislação particular, mas para intervir em casos específicos, como, por exemplo, “quando fins políticos superiores exijam a reforma do direito existente”, ou quando exista certa margem de dúvida sobre regras de direito, ou quando as normas sejam muito específicas, impedindo sua aplicação de forma diferente da vontade estatal. Estes ideais de Savigny foram criticados, mas correspondem exatamente aos princípios romanos. Tais concepções estiveram presentes durante séculos na cultura romana, norteando o desenvolvimento do seu direito.¹⁸⁷¹

Desse modo os “... *funcionários estatais, ou melhor, os Juízes, em relação a disputas levadas aos mesmos, fazem Direito.*”¹⁸⁷². Críticas a esta concepção *contradogmática* do direito, consubstanciada na criação/construção do direito utilizando-se da discricionariedade e

Un legislatore che, dopo ciò, venisse a dire, in un determinato caso, al cittadino: tu hai un interesse semplice e non un diritto o un interesse legittimo, non potrebbe essere ascoltato, perché la sua sarebbe una mera definizione, definizione di una cosa che sta fuori di lui, e quindi si impone a lui. (SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.93-94)

¹⁸⁶⁹DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 306

¹⁸⁷⁰PROSPERI, Francesco. Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile. **Civiltistica**, Rio de Janeiro, a. 5, n.º 2, 2016, Pp.1-43. P.19.

¹⁸⁷¹ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico**: Princípios, Regras e o Conceito de Direito. Editora Fabris. Porto Alegre – RS. 2001. P. 88.

¹⁸⁷²HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P. 138.

arbitrariedade, residem na hipótese de ser a construção de direito proposta pelo *ius facere* judicial, um abuso do poder realizado pelo Judiciário contra o cidadão – dado que por esta visão apenas subsistiria em centros de poder localizado do Estado ao cidadão, ignorando outras formas inter-relacionais de poder que se desenvolvem em centros intersubjetivos de poder.¹⁸⁷³

Quanto a isso, pode-se afirmar que “*el poder es um fenómeno de la forma. Lo decisivo es como se motiva una acción*”.¹⁸⁷⁴ A doutrina que se baseia em um antigo liberalismo, na medida em que se “aterroriza” com o fantasma do “poder do governo” ainda não percebeu que vivemos a era da civilização global, onde o controle e o poder – para além da microfísica do poder – reside muito mais em outros grandes centros de interesse – diga-se “mercantis”.

Na situação atual, caracterizada pela considerável ampliação dos poderes do juiz,¹⁸⁷⁵ mudando a ordem do legislador para o intérprete, ganha considerável relevo e interesse dos demais poderes e demais centros de interesse a discussão sobre eliminar a discricionariedade judicial em razão do perigo de abuso e de arbítrio, pois o processo de definição da lei passa a construir-se como um processo inventivo.¹⁸⁷⁶

Em uma época como a vivenciada, a discricionariedade do juiz é colocada em conexão indissolúvel com a própria função judiciária. Se, de um lado, não é reflexo de um poder vinculado, de outro não é um poder absoluto, pois consequência inevitável do fato de ser próprio da função jurisdicional, é a sujeição a limites¹⁸⁷⁷, conectado, conforme posto, à responsabilidade social do juiz, acertada com a fusão da função jurisdicional e da administração da justiça reconfiguradas pela dinamicidade processual que alcança a jurisdição por sua legitimidade democrática processual, possibilitando a discricionariedade e a arbitrariedade pela compreensão hermenêutica demarcada pela gênese de direito objetivo processual.

¹⁸⁷³El modelo de la coerción no hace justicia a la complejidad del poder. El poder como coerción consiste en imponer decisiones propias contra la voluntad del otro. Muestra un grado muy reducido de intermediación. El yo y el otro se comportan de forma antagónica. El yo no es recibido en el alma del otro. Por el contrario, más intermediación contiene aquel otro poder que no opera contra el proyecto de acción del otro, sino desde él. Un poder superior es aquel que configura el futuro del otro, y no aquel que lo bloquea. En lugar de proceder contra una determinada acción de otro, el poder influye o trabaja sobre el entorno de la acción o sobre los preliminares de la acción del otro, de modo que el otro se decide voluntariamente, también sin sanciones negativas, a favor de lo que se corresponde con la voluntad del yo. Sin hacer ningún ejercicio de poder, el soberano toma sitio en el alma del otro. (HAN, Byung-Chul. **Sobre el Poder**. Barcelona: Herder, 2005. P.8)

¹⁸⁷⁴HAN, Byung-Chul. **Sobre el Poder**. Barcelona: Herder, 2005. P. 6-7.

¹⁸⁷⁵L'aumento dei poteri del giudice si coglie, poi, anche in riferimento alle scelte e agli adattamenti delle procedure e delle tecniche di risoluzione delle controversie. (PICARDI, Nicola. **La giurisdizione all'alba del terzo millennio**. Milano: Giuffrè, 2007. P. 5)

¹⁸⁷⁶PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2008. P. 17.

¹⁸⁷⁷PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2008. p. 17.

Nos termos do posto por Paolo Grossi, filosofias mais refinadas aparecem na pós/hiper/trans-modernidade – sociedade da incerteza –, considerada aqui a compreensão hermenêutica, e refletem no controverso tema-problema da função do intérprete e na interpretação/texto. Problema que durante a modernidade restou reduzido à exegese.¹⁸⁷⁸

A discricionariedade e arbitrariedade tomam uma forma filosófica calcada no próprio direito para ultrapassar o positivismo. Exatamente por ter esse caráter, a decisão judicial pode ser revogada se na fundamentação não expõe as bases da discricionariedade e arbitrariedade.¹⁸⁷⁹

¹⁸⁷⁸L'atteggiamento dello stesso legislatore in Italia può apparire come la presa d'atto d'una svolta non più dilazionabile, una svolta che è nell'aria e che investe l'ordine giuridico in tutte le sue nervature: il ruolo crescente dell'interprete, lo spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dal legislatore all'interprete, il coinvolgimento di questo nello stesso processo di enucleazione e definizione del diritto, processo che manifesta sempre più un carattere inventivo. Tutto ciò, che è frutto di un groppo di concause che si congiungono nel nostro tempo storico e che abbiamo cercato di puntualizzare poco sopra, trova un avallo e una poderosa agevolazione in acquisizioni epistemologicamente più raffinate, che, dapprima sul terreno filosofico, indi su quello della teorizzazione giuridica, si affacciano nell'immediato ieri sul controverso tema-problema della funzione dell'interprete e sul rapporto interpretazione/testo. Problema soffocato durante la modernità, che lo aveva riportato a un tema certo e indiscusso: la riduzione della interpretazione a esegesi, ossia a un dipanamento meramente logico-deduttivo (e, quindi, passivo) della volontà racchiusa nel testo. Problema che, invece, la pos-modernità risolve sulla scia delle innovazioni metodologiche della riflessione ermeneutica e, soprattutto, di un filosofo, Hans Georg Gadamer, che aveva raggiunto le proprie conclusioni assumendo a stimolo e modello l'interpretazione giuridica. Per quel che serve alla presente lezione, ci basta mettere a fuoco alcuni enunciati, che la revisione ermeneutica, proposta da Gadamer e accolta in alcuni filoni coraggiosi della scienza giuridica italiana e tedesca, ritiene di dover acquisire per fondare più solidamente il proprio approccio metodologico. Ne elenco qui quattro: il testo non è una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo con l'interpretazione; l'interpretazione togliendo generalità e astrattezza alla norma, la immerge nel concreto, la rende diritto vivo in immediata comunicazione con la attualità (quella attualità a cui appartiene l'interprete); l'interpretazione è intermediazione tra il messaggio del testo cartaceo (necessariamente estraniato dal divenire) e la attualità dell'interprete; consequenziale protagonismo dell'interprete quale attore primario grazie alla sua operosità intermediativa. All'interno del novero degli interpreti – fra i quali (l'interpretazione autentica a parte) non esito a dare un posto di rilievo allo stesso legislatore, accanto a scienziati notai avvocati – un posto primario spetta oggi, senza alcun dubbio, al giudice. Precisando, però, chiaramente: giudice ordinario, e aggiungendo anche: giudice civile; mentre una diversa considerazione la si deve fare per il giudice penale, essendo la materia 'penale' in stretta connessione con la sicurezza pubblica e conservando qui una peculiare rilevanza la riserva di legge (sulla quale, peraltro, si innestano le attuali riflessioni critiche di penalisti osservatori vigili della realtà presente, come Fiandaca, Palazzo, Donini). (GROSSI, Paolo. **La Invenzione del Diritto**: a proposito della funzione dei giudici. Disponivel em: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf Acessado em:30/01/2018)

¹⁸⁷⁹Se dice que la discrecionalidad judicial tiene un amplio margen, pero la decisión del juez puede ser revocada si va más allá de los parámetros aceptados. La revocación se justifica por el uso de la discrecionalidad ha sido excesivo. El exceso de discrecionalidad en algunas ocasiones es calificado como una cuestión jurídica. Entonces, aunque un tribunal de apelación no sea competente para revisar el ejercicio de la discrecionalidad, se le confiere competencia en virtud de estas circunstancias para revisar el exceso denunciado. (CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 112)

O poder discricionário e o arbitrário caracterizam-se como *poderes limitados e controláveis* pela dinâmica processual delineadora da legitimidade democrática processual.^{1880,1881}

es necesario que la motivación (*nesse caso, fundamentação*) justifique la decisión en virtud de las defensas alegadas por las partes, ya que sólo de esta manera es posible verificar si, en el momento de la decisión, no tuvo lugar una violación o un vaciamiento de la garantía de defensa. Esto no excluye la posibilidad de que el juez realice elecciones autónomas, siguiendo una estrategia diferente de la de las partes, ni implica que éstas tengan el poder de limitar con sus respectivas defensas el ámbito de decisión; sin embargo, así como la realización integral de la garantía de defensa

¹⁸⁸⁰Quanto aos limites, como é notório, o coração da valoração discricionária consiste na ponderação comparativa de vários valores e no poder conferido ao juiz de fazer prevalecer um valor em detrimento do outro. Em tal ponderação de valores, não resultam mais operativos limites ou vínculos que normalmente são colocados ao poder jurisdicional. Pense-se, em particular, nos vínculos de interpretação. A aplicação dos cânones hermenêuticos já guiou o juiz e terminou por colocá-lo ante duas ou mais alternativas, todas legítimas. No momento em que ele exerce os poderes discricionários, os tradicionais instrumentos interpretativos não se mostram mais suficientes. Entender que a escolha entre juízos de valor possa ser efetuada unicamente com mecanismos hermenêuticos significa desnaturar o elemento característico da discricionariedade. Na hipótese dos conceitos-válvula, o legislador não desenvolve nenhuma escolha entre “valores”, mas se limita a operar um redirecionamento a critérios dessumíveis da realidade social, transferindo, assim, toda a valoração ao juiz, o qual, uma vez reduzida, também com base em interpretação, a margem das soluções possíveis – efetua, enfim, a escolha entre os valores, exercendo o próprio poder discricionário. No caso dos conceitos indeterminados, o legislador se limita, ao contrário, a fornecer as diretivas em relação a um ou mais valores, reenviando ao juiz – pelo menos em um primeiro momento – a tarefa de desenvolver, explicar e atuar o desenho. O procedimento de determinação do conceito indeterminado não se sustenta nos componentes axiológicos e valorativos, o juiz não exerce poderes discricionários, emprega os seus poderes vinculados normais e torna explícitos – sobretudo por meio das técnicas interpretativas – os elementos já contidos no dado jurídico, iniciando com o constitucional, desenvolvendo coerentemente os elementos racionais imanentes no ordenamento. Tudo isso não significa, contudo, que no exercício do poder discricionário e, assim, no momento da escolha entre as diversas posições, o juiz não esteja condicionado por vínculos, tanto sobre o modo de optar entre as várias alternativas (limites processuais) quanto aos critérios que deve contar no ato da escolha (limites substanciais). Com relação a tais limites, já Benjamin N. Cardozo escrevia que “uma vez atribuída a liberdade de escolha [...] não existe nunca liberdade absoluta, isto é, não orientada e privada de impedimentos. Milhares de limites, alguns introduzidos pelas leis, outros por precedentes, outros ainda por vagas tradições ou por uma técnica reportada a tempos imemoráveis, nos envolvem e nos limitam mesmo quando pensamos estar nos movendo livremente”. Na tentativa de dar concretude às “vagas tradições” e as “técnicas imemoráveis”, Aharon Barak esclarece que a liberdade de escolha do juiz é vinculada pela imparcialidade (limite processual) e pela razoabilidade (limite substancial). A imparcialidade constitui atributo exatamente do poder do juiz entendido como função. Imparcialidade e razoabilidade colocam, pois, o problema dos limites no plano da lógica do juiz, da argumentação e da justificação. O discurso em torno dos valores pressupõe que o juiz recorra à lógica argumentativa, isto é, às regras e aos critérios de correção do raciocínio jurídico que não se exauram nas técnicas interpretativas da lei. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 18-20)

¹⁸⁸¹O poder discricionário do juiz caracteriza-se, assim, como um poder limitado e controlável.[...] b) Poder, pois, controlável sobre o plano da logicidade. O dever de publicidade tanto quanto o da motivação, enquanto discurso justificativo, constituem os trâmites necessários para verificar se o juiz exerceu ou não corretamente o poder discricionário. Na verdade, a evolução das ideias sobre o conceito da discricionariedade – que, como é notório, encontra suas origens no direito administrativo, parece contrabalançada por um progressivo processo de distinção das escolhas discricionárias em relação às meramente subjetivas e arbitrárias. Inicialmente, também por força do princípio da separação dos poderes, se colocava a hipótese que em verdade o poder discricionário, como tal, fosse inidôneo para ser submetido a uma investigação jurisdicional e se terminava, assim, por reconhecer uma área reservada e privilegiada à administração pública, cujas escolhas discricionárias, boas ou más, não poderiam ser apreciadas. Tal tese, contudo, hoje foi definitivamente abandonada pelos próprios cultores do direito administrativo. De qualquer modo, certamente não pode ser ela estendida à discricionariedade do juiz, quando não mais seja porque o mérito das escolhas deste é interno ao poder jurisdicional e como tal plenamente controlável em sede recursal, não excluído entre certos limites o próprio controle em sede de legitimidade. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2008. P. 20-21)

durante el proceso supondría un debate previo entre las partes sobre todos los puntos que el juez considera relevantes para la decisión, parece igualmente necesario que sobre estos mismos puntos, sobre todo cuando difieren de las posiciones expuestas por las partes, se exponga una motivación expresa y específica. De hecho, es evidente que el derecho de las partes a influir en la decisión quedaría garantizado de una manera muy débil si no es posible establecer, mediante la motivación, si (y de qué manera) dicha influencia se verificó, o por cuáles razones no se verificó.¹⁸⁸² (g.n)

Por isso, a criação judicial de direito objetivo processual, onde se centra a discussão sobre a discricionariedade e a arbitrariedade, tem a enfrentar novos desafios frente aos paradigmas existentes quanto à possibilidade de gênese do direito construtivo-criativa pelo fenômeno conflitológico de interesses.¹⁸⁸³

A discussão sobre a possibilidade ou não de os juízes utilizarem-se da discricionariedade e arbitrariedade incide, efetivamente, em uma discussão sobre a dinâmica processual do direito como processo, partindo do pressuposto que o direito é muito mais do que o fato jurídico (fato e direito), passando a ser uma consideração de caráter do direito objetivo processual demarcado pelas partes, e não pelo juiz, centralizando a política no processo e não na jurisdição, que, por seu turno, centraria a política na atividade jurisdicional.

A prática do direito vivente assume força teórica em razão de estar diretamente conectada com o espírito jurídico hodierno.¹⁸⁸⁴ Tanto discricionariedade quanto arbitrariedade superam o Estado-Legislator voltado ao estrito princípio da legalidade buscando com os fenômenos conflitológico de interesses que terão o Processo como guarida de compreensão hermenêutica para criação de Direito a partir do princípio da constitucionalidade. Ambos os institutos incidem junto ao princípio do *iura novit curia*, e assim se torna o direito objetivo processual gênese do direito. Gênese que é reflexo da dinamicidade processual delimitadora da

¹⁸⁸²TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. P.354.

¹⁸⁸³ A resposta dada neste ensaio à indagação de se a tarefa do juiz é interpretar ou de criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar a lei uma preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particular elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 128-129)

¹⁸⁸⁴Nessa ótica, a prática do direito vivente assume particular força, inclusive teórica, em razão de ser conexa com algumas orientações do espírito jurídico pós-moderno. Se o significado de uma lei qualquer termina por ser resolver na leitura que as cortes lhe dão, ficou evidenciado, de um lado, como a aprovação de uma lei por parte do parlamento – de per si e fora da argumentação jurídica, que sobre essa não de tecer – não teria nenhum sentido. Portanto, forma da argumentação nada é possível dizer, seja sobre o significado seja sobre a própria existência da lei. De outro lado também se sustentou que o jurista aplica, as vezes, uma estratégia desconstrutiva, desmontando textos legislativos e entornando as posições. Chega-se assim a postular que o direito se resolve nas argumentações jurídicas, e que os juízes manipulando os textos legislativos, tornam-se também law makers. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P.23)

função e administração judicial, que não se limitam à simples aplicação da lei isenta de responsabilidades.

O Estado Ativo-Responsivo supera a dita cisão, pois com o perfil do Juiz que se correlaciona entre *auctoritas* e *potestas* acaba o espaço Processual ter uma grande relevância na construção do direito pelo desvelamento ocasional do fenômeno, sendo que será mediada seu desvelamento pelas partes frente ao jogo processual. A administração da jurisdição para com o amplo exercício colaborativa reativo das partes. Serve de resposta para a fundamentação da decisão judicial, pois justificada a imparcialidade pela colaboração reativa das partes em um princípio dispositivo e contraditório constitucionalizados.

Resta claro que a interpretação conforme a Constituição está destinada a prevalecer sobre o critério teleológico, uma vez que o objetivo final de cada lei só pode ser identificado nos princípios da Constituição, onde a ordem recupera a sua unidade, de modo que não podem ser consideradas normas excepcionais que implementam princípios constitucionais e, em qualquer caso, porque a excepcionalidade da norma não pode ser confundida com o princípio constitucional de igualdade formal e substancial.¹⁸⁸⁵

O deslocamento do quadro legal, aceitando-se a discricionariedade e a arbitrariedade como consequências naturais do ato de interpretar, torna o resultado das disputas imprevisíveis. Ele dirige a atenção e a energia prevalentes dos intérpretes e operadores para a compreensão dos novos textos normativos. Por muito, acreditou-se que a alteração do código processual fosse capaz de aderir a essas mudanças, porém, o frenesi legislativo vivenciado reforça impulso para interpretações criativas que vão muito além da normativa, muitas vezes difíceis de entender e coordenar pelo rito procedimental.¹⁸⁸⁶

¹⁸⁸⁵PROSPERI, Francesco. Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile. *Civiltistica*, Rio de Janeiro, a. 5, n.º 2, 2016, Pp.1-43.P.13-18.

¹⁸⁸⁶Il primo effetto delle continue riforme consiste in un rilancio dell'editoria giuridica e del turismo processuale. Convivono disposizioni processuali del 1940-42, del 1950, del 1973, del 1984, del 1990, del 1995, del 1998, del 2001, del 2005, del 2006, del 2008, del 2009, del 2010, del 2011, del 2012, del 2013, del 2014. Lo stesso codice è l'insieme di tessere di un mosaico, le figure del quale l'interprete è chiamato ad individuare. Una delle più impegnative, seppur fastidiose, attività, infatti, consiste nel tentare di risolvere le numerose questioni di coordinamento tra disposizioni ispirate a diverse rationes, nel tentativo di costruire un sistema, che certamente, per quanto riguarda la vigente normativa codicistica, non è un dato immanente. Diversi sono stati i tentativi di porre mano ad una riforma complessiva, riscrivendo interamente il codice di rito. Ma non hanno avuto alcun esito: il «Progetto Liebman», il «Progetto Tarzia»; il «Progetto Vaccarella» : il «Progetto Proto Pisani»; il «Progetto Vaccarella», consegnato al ministro Severino il 1o dicembre 2013. Questi progetti, tuttavia, hanno per oggetto soltanto la normativa codicistica. Nessuno di essi propone di inserire nel futuro codice, come si è fatto altrove e come sarebbe doveroso, tutta la normativa sulla tutela giurisdizionale civile. In questa direzione era la Relazione presentata nella IX Legislatura, alla Commissione Giustizia del Senato dal sen. Nicolò Lipari . La frenesia legislativa rinforza le spinte verso le interpretazioni assolutamente creative, che prescindono dai testi normativi, spesso difficili da comprendere e da coordinare. Il che rende impossibile il dibattito ed il confronto, i quali implicano, invece, una comune base di riferimento: se ciascun interprete manifesta i propri desideri e le proprie aspirazioni prescindendo dalla lettera e dai possibili significati dei testi normativi, nonché da una valutazione degli interessi in gioco, non è possibile neppure il dissenso; occorre limitarsi a prendere atto della diversità di vedute.

O *iura novit curia* ganha ressignificação, aderindo a ele a fundamentação da decisão e a responsabilidade social da mesma. Os fenômenos apontam que os Juizes têm a responsabilidade de criar normas processuais, pois são influenciados pela transformação de atitudes, valores públicos e por necessidades internas a sua profissão.¹⁸⁸⁷ A *auctoritas* jurisdicional adere um amplo relevo com essa era chamada de *era da vocação judicial*; era ampliada junto à normatividade Constitucional voltada à democracia. A epistemologia dessa era apregoa o Estado e todos os seus Poderes com poderes ativos, todos são chamados a implementação e realização de políticas públicas. Somado a isso o Poder Judiciário serve de órgão controlador dos demais pela via de controle de constitucionalidade.

De um lado, o Poder Judiciário passa a ter uma ampliação dos seus horizontes com a interpretação judicial de seus julgados, e assim ultrapassa os limites da lei pela interpretação constitucional aderida a ela. Este poder até então tolhido pela *potestas* judiciária, como apenas a faculdade na aplicação das Leis, hoje essa *potestas* adere os sujeitos no âmbito social, na medida que a dialética processual pelo fenômeno conflitológico serve para o desvelamento da compreensão hermenêutica.

A filosofia hermenêutica deu um contributo essencial e decisivo para a compreensão da efetiva interpretação jurídica mais estreitamente relacionada à realidade por deixar claro que cada interpretação possui um *curso circular* e caráter necessariamente *avaliativo*, pelo qual o intérprete só pode chegar ao resultado de interpretação passando por uma série de pré-compreensões, pois a mente do intérprete não é uma tábula rasa, mas sim está cheia de expectativas que orientam a interpretação.

O texto, nesta perspectiva, apresenta uma pergunta ao intérprete, mas constitui-se como resposta a uma pergunta que a precede e que deriva do mesmo processo histórico cultural, estabelecendo-se assim uma relação dialógica entre texto e intérprete. O círculo hermenêutico, nos termos expostos, configura uma a forma pela qual o juiz alcança a identificação da norma a ser aplicada ao caso concreto: por uma antecipação do sentido determinada pela compreensão do caso o intérprete se move em direção à norma e volta ao caso a ser regulado traçando um caminho que funciona como aproximação e exclusão, que proporcionam reciprocamente ajuste

Se, poi, tale atteggiamento è assunto da chi ha il potere di giudicare, ogni discorso sulla prevedibilità della decisione si manifesta impossibile. Si può soltanto evocare il poeta Giovan Battista Marino, per il quale «È del poeta il fin la meraviglia, parlo dell'eccellente e non del goffo, chi non sa far stupir, vada alla striglia!». Ma si tratta di esempi abnormi e limitati nei confronti dei quali appare doveroso reagire, senza, peraltro, fare di tutte le erbe un fascio. (COSTANTINO, Giorgio. La Prevedibilità della Decisione tra Uguaglianza e Appartenenza. **Rivista di Diritto Processuale**, vol.70, n.º3, 2015, Pp.646-664. P. 653-654)

¹⁸⁸⁷CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. P. 187.

contínuos em ambos os polos da atividade interpretativa. O círculo hermenêutico que leva à identificação da norma a ser aplicada ao caso concreto é, portanto, aberto e fechado pela atividade decisional e não como intérprete técnico e neutro, que se move da compreensão do fato para entender o sentido jurídico ao qual o texto refere-se a disposição normativa, um sentido inevitavelmente condicionado pelo complexo de valores éticos, morais, políticos e religiosos nos quais o próprio intérprete reconhece.¹⁸⁸⁸

Um dos principais efeitos da ampliação dos horizontes abordados com o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses se dá com o que a teoria apregoa nos casos *extra ordinem* votados a superação da delimitação estática apregoadas a normatividade, pois os efeitos são chamados de arbitrariedade (que cria direito) e a discricionariedade (interpretação supera o rigorismo cartesiano da lei). Ambos podem ser vistos como fenômeno da contemporaneidade, pois somente o Poder Judiciário consegue abarcar em seus arautos a criação do direito pelo Processo.

O poder é indestrutível quando se apresenta como poder do “nada”, ou seja, quando não é percebido. De outro lado, será frágil quando se impõe de forma abrupta, apontado e tido conceitualmente como uma forma degradante de imposição do poder.¹⁸⁸⁹ Apontar e reestruturar as ordens do poder simbólico deve ser o que se procura com o direito. Para além de considerar o poder em seu unisentido clássico, deve-se atentar as microfísicas existentes no social, para as quais o direito tem como possibilidade quebrar tais logísticas e distribuir a parcela dos sem

¹⁸⁸⁸PROSPERI, Francesco. Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile. *Civilistica*, Rio de Janeiro, a. 5, n.º 2, 2016, Pp.1-43. P. 23-24.

¹⁸⁸⁹El poder se vuelve indestructible cuando se percibe como poder de nadie, es decir, cuando no se percibe de propio. Por el contrario, sería inestable, es más, «frágil», si tuviera que imponerse a sí mismo en forma de prohibición, de opresión y de exclusión. En la convivencia cotidiana, la existencia queda «sometida al imperio de los otros». Con ello, en cierto modo, se le arrebató su autonomía: «Ella misma ya no es, sino que los otros le han sustraído el ser. El arbitrio de los demás dispone sobre las posibilidades cotidianas de ser de la existencia». A este «dominio del otro», es decir, del «uno» impersonal, Heidegger contrapone la «existencia auténtica», la «resolución a sí mismo». Es decir, frente a la «dictadura» del «uno» impersonal, se trata de escogerse a sí mismo, de aprehenderse a sí mismo. A lo que se aspira es a una soberanía del sí mismo. Ser soberano significa aquí liberarse del dictado del «uno» impersonal, de la continuidad de sentido de la «interpretación pública». Pero esta resolución no lleva a la existencia más allá de lo que fácticamente ella se encuentra como previamente dado. La existencia, según Heidegger, se ve arrojada en lo «fácticamente posible», en el contexto vital fáctico. Es decir, la libertad solo es posible en el marco de un «haber sido arrojado». Libertad y «haber sido arrojado» no se excluyen por principio. Como Heidegger disocia por completo la ontología de la sociología, tampoco es capaz de advertir la posibilidad de que el «haber sido arrojado» sea un «estar sometido», ni de que «ser un esbozo» se base en «estar sometido». La existencia se proyecta sobre el orden reinante sometiéndose a una continuidad de sentido, a una determinada «interpretación del mundo y de la existencia». Aquí, la proximidad entre haber sido arrojado y estar sometido no solo está condicionada «ontológicamente», sino también sociológicamente. A la ontología heideggeriana de la cotidianidad se le escapa el conocimiento de que la comprensión cotidiana puede estar vinculada con aquella «comprensión cotidiana» que es esbozada por un «poder simbólico». El poder alcanza una estabilidad elevada cuando se presenta como «uno» impersonal, cuando se inscribe en la «cotidianidad». No es la coerción, sino el automatismo de la costumbre lo que eleva su eficiencia. Un poder absoluto sería uno que nunca se manifestara, que nunca se señalara a sí mismo, sino que, más bien, se fundiera del todo en la obviedad. El poder brilla por su ausencia. (HAN, Byung-Chul. *Sobre el Poder*. Barcelona: Herder, 2005. P. 52)

parcela. A adesão e submissão ao império da lei demonstra que a aceitamos como expressão máxima, sem questionar sobre essa adesão e a possibilidade de tal normativa captar as expressões sociais.

Resta claro que a abertura principiológica a partir da Constituição, unida ao Estado Responsivo e as responsabilidades sociais do juiz para com a sociedade, unido assim a superação do paradigma racional para o da complexidade, demonstram que a criação construtiva do direito, que se dá tanto pela discricionariedade como pela arbitrariedade, é uma característica inegável da hodiernidade e que pode, sim, ser afastado, pelo processo, da filosofia da consciência, na medida em que a colaboração apoia-se na colaboração reativa.

Junto a essa característica, busca-se afastar da filosofia da consciência a partir da presente tese, na medida que se sustenta que o processo é o canal devido para a criação democrática da decisão judicial (não o processo-como-meio; o processo-como-fim, mas como dialética democrática do desvelamento do fenômeno que criará o direito e onde podem ser catalisados os fenômenos diversos – real complexidade do direito e que este não possui resposta positiva).

Discricionariedade e arbitrariedade falam em sua constituição de sentidos, que por mais que se tenham diferenças conceituais que confundem os institutos o fenômeno conflito de interesses vem a superar tal diferença com a compreensão hermenêutica que justificará a fundamentação como via de possibilidade ao direito como adaptação existencial, extirpando a congruência processual e a rigidez formal do direito.

Qual seria, então, a postura adequada quanto à discricionariedade e a arbitrariedade? Não é possível proporcionar uma resposta sem assumir uma margem ampla de erros; mas o que é indiscutível é que o juiz deve decidir fundamentando sua decisão junto ao direito objetivo, porém, deve ter em conta outros parâmetros: a Lei não é onisciente (não é capaz de dar a mesma solução a todos), portanto é responsabilidade social do julgador ter em conta outros parâmetros de índole social, econômica, atendendo ao que a sociedade demanda, conjugando as mais distintas possibilidades da melhor maneira.¹⁸⁹⁰

O processo é um *mistério*, e não algo ao qual podemos aderir previsibilidade e segurança jurídica. O processo civil, responsável por performar o direito, os fatos são catalisados junto ao

¹⁸⁹⁰PARGA, Milagros Otero. **La Responsabilidad Social de la Función Juzgadora**. Acessado em 26/11/2017. Disponível em: <<https://www.tribunalqro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=6&cronicaJudicial=1>>. P.27.

direito, iniciando assim o processo de interpretação e criação do direito, que encontra seus limites no próprio processo.¹⁸⁹¹

6 - O Princípio *Iura Novit Curia* como legitimador do Processo como gênese do Direito: por um direito objetivo processual

Através do aforismo *iura novit curia* (cuja tradução é “o juiz conhece o direito”) se esconde dois usos do conhecimento judicial diversos: como presunção de direito e como princípio jurídico.¹⁸⁹² Segundo suas raízes etimológicas, tem-se que “...: Significa "derecho" entendiéndose todas las normas jurídicas aplicables al caso IURA concreto.”, “...NOVIT: Verbo que significa "conocer", "saber"; éste ultimo en el sentido de no haber mas que averiguar y que la autoridad judicial sabe de derecho” e “...CURIA: Tribunal, constituye el sujeto de la oración; concibiéndose como tal a la autoridad judicial - Jueces en sus diversos niveles-, que ejerce función jurisdiccional; esto es, encargados de resolver las controversias o los casos concretos formulados por la parte accionante y contradicha por la parte accionada.”¹⁸⁹³. Este aforismo latino guarda estreita conexão com o aforismo *da mihi factum dabo tibi jus*, que se traduz como “dá-me fatos que eu te darei o direito”.

Nesse sentido, buscar-se-á demonstrar que a encapsulação do *iura novit curia* dá-se como IURA em sentido do direito objetivo processual, através da autoridade que cria texto e interpreta a lei (direito é criado a partir da sentença judicial)¹⁸⁹⁴ pela governança processual;

¹⁸⁹¹...el proceso no es sino un aspecto de esta vida, y las leyes procesales no son otra cosa que una frágil red a través de cuyas mallas presiona y a veces desborda la realidad social. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 49)

¹⁸⁹²GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.18.

¹⁸⁹³ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p. P.1-2.

¹⁸⁹⁴De las tres palabras que forman el brocardo, estamos ante la más importante: "Conviene ponerse en guardia contra las palabras - nos dice Coutoure - iura, no tiene solamente el sentido de derecho objetivo. Si tal fuera, se habría dicho ius". Augenti ya hemos visto que nos dice que el brocardo debió surgir utilizando el singular ius que posteriormente se convirtió en iura, llegando así a nuestros días. SAVIGNY, lo utiliza, al contrario, empleando actualmente el singular, con prescindencia de su forma histórica. Menos que con respecto a las otras dos palabras, me parece inútil dedicar aquí unas líneas al estudio de este conplemento directo de la oración. Yo también, como COUTURE, he creído que el empleo del plural, al referirse gramaticalmente a los derechos, había de aludir a los derechos subjetivos. El argumento de Augenti no llegaba a convencerme, puesto que, aun admitiendo que en el siglo XIV con el plural se pudiesen representar los derechos subjetivos, al no tenerse noticia exacta de la aparición del brocardo, ignorábamos si ocurría lo mismo en su momento inicial. Publicaciones de este estudio, fué sobre todo la intervención del doctor Mario A. Oderigo en la sesión del Colegio de Abogados, la que me hizo prestar más atención a este aspecto de la cuestión, al señalarme este colega la definición dada por Justiniano (Libro 111, Título 13, Proemio) *vinculum, quo necessitate adstringimur alianus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* , me ponía de manifiesto que, aun cuando otra cosa pudiera ocurrir en los siglos XII e XIV, era evidente que en el

NOVIT como desvelamento e compreensão do fenômeno a partir do processo (princípio dispositivo, contraditório constitucionalizado, flexibilização da congruência e incongruência, discricionariedade e arbitrariedade); e CURIA como espaço onde também se cria direito, local onde se desenvolve a administração da justiça e a função judicial, responsáveis por, sucessivamente, legitimar e criar o direito pela reflexão dialética em uma desveladora compreensão hermenêutica do fenômeno com de intervenção entre contexto e texto ou vice e versa, gênese esta de direito objetivo processual manifestado como norma individual.

siglo VI "*nostrae civitatis*" no podía referirse más que a las obligaciones propias del derecho civil de los romanos aunque aludiese a las diferentes modalidades según los países y lugares. Pareció necesario continuar indagando el sentido gramatical y el significado jurídico de ese plural. Pronto en un romanista de la talla de Arancio-Ruiz, encontraba elementos bien importantes para convencerme de que iura en plural era lo mismo que en singular ius, es palabra que sirve para indicar, en la época postclásica, el conjunto del antiguo derecho, en cuanto no haya sido modificado por las constituciones imperiales. "El nombre de iura sirve en la nueva época como denominación técnica de los escritos supérstites de la jurisprudencia". Como consecuencia de la nueva contemplación de este aspecto del problema, creo que se puede formular el siguiente resultado concreto: Ha habido una larga etapa de la historia del Derecho en que por iura se ha entendido el derecho objetivo, llegándose a representar por las palabras iura y leyes, ambas en plural, las manifestaciones distintas de ese derecho objetivo. Es difícil determinar hasta qué momento se prolonga esta terminología. En otra etapa, a la que hace referencia Augenti, por iura se entiende los derechos subjetivos; tampoco podría fijar nadie una fecha límite a partir de la cual se emplee iura en este sentido. Todavía más aventurado sería afirmar que la una acepción haya anulado a la otra; que no hayan coexistido ambas; y aun lo sería más el decir que por el hecho de ser conocido y utilizado el brocardo en la segunda de estas etapas, no haya podido nacer durante la primera. La del juez molesto por una pesada disquisición del defensor, y que pronuncia las palabras que, desde aquel momento, se convierten en brocardo estereotipado, puede no ser otra cosa que una fantasía. Los brocados no siempre son, en su formación, el producto de un momento sino a veces el resultado de una lenta elaboración. Y el que estamos examinando se pudo ir formando en una época en que los Jura eran el derecho objetivo y continuar con la misma forma cuando por iura se entendía los derechos subjetivos. Lo cierto es que sabemos cómo nos ha llegado el brocardo, pero no cuándo ni cómo se formó, Y al utilizarlo autores modernos como Savigny y entre los más recientes Manzini, IO han hecho empleando el singular ius, esto es, el fenómeno contrario del señalado por Augenti, y además con la particularidad de responder a una elaboración lógica según la concepción actual, puesto que si hoy hablamos del Derecho, bueno será que en latín se exprese también en singular. Pero es que, además, entre los autores de nuestros días, si bien es frecuente ver utilizado el brocardo en su forma originaria y más corriente, con el plural iura, podría decirse por inercia, por la fuerza de la costumbre, sin molestarse en darle, como los dos que acabo de citar, la forma correspondiente al concepto actual, en cambio, no faltan los que ese plural lo utilizan con plena conciencia idiomática de su significado jurídico. Así cuando Liebman nos dice que no necesitan prueba "las normas jurídicas: las mismas las conoce el juez (*iura novit curia*), que podrá aplicarlas según su ciencia y conciencia, independientemente de lo que las partes puedan sostener a este respecto (*narra mihi factum, dabo tibi ius*)", es evidente que iura son las normas; lo cual aparece todavía con más claridad en Redenti cuando nos habla de la adopción y la vigencia de "normas (*iura*) que regulen tanto las atribuciones y las actividades de aquellos organismos como la conducta de los individuos en sociedad"; en Calamandrei al decirnos que el aforismo *iura novit curia* no es solamente una regla de derecho procesal para significar que el juez debe encontrar de oficio la norma aplicable al hecho. Por lo demás, en apoyo de esta interpretación vienen las otras formas en que este aforismo suele aparecer (y que pueden verse en el artículo *Iura novit curia*, de Dante Caporali, que figura en el *Dizionario pratico di diritto privato* cuando en lugar de la forma corriente que constituye título del trabajo, se dice *Curia novit leges*, esto es, el juez conoce las leyes, con el plural *leges*, sustituido a *iura*, se ve bien claramente que *iura* no podía tener otro significado que el de normas.[...] podríamos decir por una razón de equilibrio gramatical, y que no haber sido el hecho singular, también el derecho se habría expresado por *ius* sin modificar su significado de norma jurídica. La traducción literal del aforismo y a la hemos visto. Puede decirse que un alumno de bachillerato lo haría sin dificultad: el juez conoce los derechos. A través del análisis llevado a cabo de cada uno de los términos de la oración, parece evidente que *iura* "los derechos" no se refiere a otra cosa que a las normas jurídicas aplicables. (MELENDO, Santiago Sentís. **El Juiz y el Derecho (*iura novit curia*)**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. P.27-33)

O iura novit curia, pela visão que buscará se expor, quando é posto na dinâmica processual que a ora tese delinea, serve de canal para a criação do direito objetivo processual, sendo que, em sua formula, será extirpada a cisão entre fato e direito, permitindo a criação pela fundamentação.

A *curia*, ou seja, o espaço judicial, tem justificativa no amplo debate assegurado pelo contraditório, que garante imparcialidade e que tem por derradeiro a criação judicial pela fundamentação da decisão, com reflexo na responsabilidade sociopolítica do juiz. O que é conhecido pelo *iura novit curia*, não é outra coisa que o direito objetivo, a norma jurídica.¹⁸⁹⁵

No que se pretende afirmar, mediante a digressão aqui realizada, é que o aforismo é medida utilizada para o juiz *criar o direito pelo o ativismo judicial*, pois o aforismo reconhece *no processo* a legitimidade democrática processual para o juiz criar o direito, não estando adstrito pelas concepções clássicas fruto dos princípios do processo e de seus institutos, nascidos junto a pandectista, cientifizados e matizados junto ao paradigma cartesiano lógico calcado na lei. Isso porque o direito é norma¹⁸⁹⁶ e não – tão somente - texto.¹⁸⁹⁷

O ativismo judicial defendido, conforme já restou exposto até esta etapa do trabalho, não é o ativismo judicial cujo centro está na jurisdição, mas sim o ativismo judicial – decisão politizada – que é legitimada pelo processo civil, pela governança processual das partes e pela dinamicidade que o processo adere para a formação e construção do direito objetivo processualizado. Desse modo, supera-se o império do juiz como protagonista ao império dos cidadãos ativos. Por este modelo de ativismo, ocorre superação da aplicação pela compreensão hermenêutica que encontra guarida junto a fundamentação e a responsabilidade sócio-política do juiz, desvelando assim o fenômeno é por conseguinte criando direito não pelas convicções pessoais subjetivas ou políticas do juiz, mas sim pela centralidade política de um processo democrático.

¹⁸⁹⁵[...]lo que la Curia, puede conocer, en el sentido de saber, de tener conocido, no puede ser otra cosa que el derecho objetivo, ia norma jurídica; el derecho subjetivo, el derecho no como norma sino como facultad o atribución de la persona, que se discute en el proceso, no lo puede conocer la Curia, no lo puede saber; lo conoce, lo va conociendo, v a enterándose, a lo largo del proceso. Así, pues, se puede sentar esta afirmación: del derecho o de los derechos objetivos que el juez conoce, que te son conocidos, se debe decir novit. (MELENDO, Santiago Sentís. **El Juiz y el Derecho (iura novit cúria)**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957. P.26)

¹⁸⁹⁶KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹⁸⁹⁷Cuando se habla, por tanto, de "conocimiento del Derecho" debe abordarse el conocimiento de las disposiciones y el de las normas como dos problemas diferentes. Debido a que en los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica las decisiones jurisdiccionales no tienen la consideración de fuente del Derecho "formal", durante mucho tiempo se ha mantenido que el conocimiento de las mismas no es preciso para el del Derecho, pero no es así, como ya se reconoce de modo muy mayoritario. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.134)

O *iura novit curia* é princípio inerente ao dever funcional-administrativo de todo juiz “[...] *pues en un Estado de Derecho, y contemporaneamente en un Estado Constitucional, no es posible concebir de otro modo la función de aplicar el derecho pertinente que corresponde al caso, pues tal función incide directamente en el contenido esencial del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, que resultarían vulnerados si no se aplicara el derecho que corresponde.*”¹⁸⁹⁸

Sem confundir sua dupla função como *presunção* e como *princípio normativo*, é adequado se referir ao aforismo como “princípio jurídico”¹⁸⁹⁹ (do mesmo modo que o legislador racional é tido como um princípio construtivo na articulação das funções legislativas e jurisdiccional, de forma a sustentar toda a organização jurídica).¹⁹⁰⁰ O aforismo é um princípio estrutural ou institucional do sistema jurídico, no mesmo sentido que se assenta o de legislador racional.

Ambos estão postos sobre uma verdadeira ficção: no caso do legislador racional, permite perpetuar a estrita separação de poderes bem como permite seja sustentada a existência de um juiz profissional e sem poder criativo, que se limita a aplicar as soluções normativas proporcionada pelos órgãos legislativos. O aforismo, assim, desempenha uma importante função ideológica¹⁹⁰¹, ignorando a possibilidade da compreensão hermenêutica, pois cinge questão de fato e questão de direito.

Pela visão clássica, o pedido representa o veículo de ativação do maquinário Estatal para a proteção do direito subjetivo. A consequência natural dessa afirmativa é a de que a questão de fato se torna um instrumento levado à atenção do juiz, devido à ocorrência de certos efeitos legais, de modo que o que a parte reivindica é a produção desses efeitos. Esse efeito, no entanto, está conectado à situação de fato narrada por um elemento predeterminado por lei, que funciona

¹⁸⁹⁸PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.17.

¹⁸⁹⁹Los conflictos sometidos a la jurisdicción judicial no pueden ser resueltos de cualquier modo sino aplicando la norma que regula el caso. De ahí que desde antiguo, y sin perjuicio de otras implicaciones, se haya repetido la regla *iura novit curia* (“el juez conoce el derecho”): a) como presunción, en tanto se presume que el juez conoce el derecho aplicable al caso, lo que exige a las partes de tener que probarlo ; b) como principio o regla (conforme a la distinta denominación que se asigne a las líneas directrices del proceso), esto es, como un deber del juez de conocer el derecho y de resolver el conflicto conforme a él y a pesar del invocado por las partes; c) como “principio-construcción”, en la terminología de WRÓBLEWSKI¹³, en tanto elaboración de la ciencia jurídica que sistematiza el ordenamiento jurídico, articula las funciones legislativa y jurisdiccional y se configura como una armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica. (MEROI, Andrea A. *Iura Novit Curia y Decisión Imparcial*. **Revista Ius et Praxis**, ano 13, n.º 2, 2016. Pp.379-390. P.382-383)

¹⁹⁰⁰GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.19.

¹⁹⁰¹GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.19.

como um pré-requisito lógico para a conclusão, realizado em termos de afirmação, e que cria a ligação essencial entre fato e direito. Não é mesmo imaginável a invocação de um determinado efeito, seguindo a afirmação de uma série de fatos, sem destacar o momento de conexão lógica-avaliativa entre as duas afirmações, a saber, a qualificação legal.¹⁹⁰²

Un principio estructural básico del Estado de Derecho, con el que el principio *iura novit curia* está conectado, es el que establece la vinculación del Juez a la Ley. Esa misma preocupación se pone de relieve en la caracterización de la decisión judicial como un silogismo, lo que la reduciría a una simple aplicación a los casos concretos de soluciones abstractas y generales previstas por las normas jurídicas. *En otras palabras, durante mucho tiempo se ha considerado que el interés de presentar la decisión judicial como un razonamiento silogístico se derivaba de la necesidad de separar las actividades de creación y aplicación del Derecho: los órganos judiciales se limitan (o deben limitarse) a aplicar normas jurídicas no creadas por ellos, sino por los órganos legislativos.*¹⁹⁰³

Para alguns, a palavra nasceu como sinônimo de *ius*, sendo o sentido de direito objetivo e, para outros, o aforismo deve ser utilizado em sua acepção plural, *iura*, que significa direito

¹⁹⁰²Sin dalle prime battute di tali acutissime analisi si evidenzia come la domanda giudiziale rappresenti il veicolo, lo strumento, il mezzo di attivazione della macchina approntata dallo Stato per la tutela dei diritti. E allora, la conseguenza inevitabile è proprio quella di affermare, più o meno genericamente, che ciò che per il tramite della domanda giudiziale risulta veicolato (e dunque portato all'attenzione del giudice) è un diritto soggettivo di cui la parte agente si afferma titolare nei confronti dell'evocata controparte: essa si afferma titolare di una certa situazione di vantaggio e chiede, al minimo, che tale situazione di vantaggio venga accertata. Di questa constatazione si fa primo assertore il diritto positivo, il quale, in una miriade di disposizioni dedicate al momento nevralgico della deduzione del diritto soggettivo nel processo, proprio a tale situazione soggettiva fa riferimento. In un tale contesto, non è ragionevole né possibile pensare che la parte possa tendere all'accertamento del verificarsi di una certa successione di fatti materiali, secondo le modalità da questa esposte; o meglio, considerando il fenomeno dal punto di vista della tutela approntata dallo Stato, che lo strumento processuale sia stato conferito per un tale scopo. Senza nemmeno addentrarsi nell'analisi del problema, salta agli occhi come la mera questione di fatto altro non sia che uno strumento, portato all'attenzione del giudice in quanto si assume che da essa possano scaturire determinati effetti sul piano del giuridico, i quali effetti sono indirizzati a garantire quella situazione di vantaggio per la cui attribuzione si batte chi domanda. La parte, quindi, non narra semplicemente al giudice un fatto, né in definitiva è interessata a che il giudice conosca quel fatto e faccia chiarezza sul medesimo; ciò che la parte afferma e chiede è uno specifico effetto che discende dal fatto. Quell'effetto, però, è collegato alla situazione di fatto narrata da un elemento predeterminato che opera come presupposto logico alla conclusione, svolta in termini di asserzione, e che crea l'imprescindibile liaison tra il fatto e l'effetto. Non è nemmeno immaginabile l'invocazione di un certo effetto, in seguito all'asserzione di una stringa di fatti, senza che si ponga in evidenza il momento di collegamento logico-valutativo tra le due affermazioni, e cioè proprio quello della qualificazione giuridica. Pretendere di far scaturire, tout court, da una determinata serie di fatti uno specifico effetto sul piano giuridico, risulta privo di qualsiasi sostenibilità logica. (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 14-16)

¹⁹⁰³GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.67-68.

subjetivo¹⁹⁰⁴.¹⁹⁰⁵ Para as concepções dispositivas/privatistas/garantistas o aforismo se reduz ao momento da decisão judicial e recai sobre a norma material – visão estática do direito.¹⁹⁰⁶ Por isso dizer que o brocardo refere-se, classicamente, à atuação mínima do juiz, reduzido à decidir a disputa com base na lei.¹⁹⁰⁷

No direito romano, o princípio possui forte comento no processo civil, especialmente no que tocava à atuação do pretor, através dos *editos*, que eu seu conjunto formaram o direito, por se supor que o pretor conhecia o direito da região assim como o costume daquele local, que o permitiria corrigir o direito.^{1908,1909} Não havia, à época, a ideia de processo conectado ao

¹⁹⁰⁴Al efecto de determinar la incidencia del deber de congruencia de las resoluciones judiciales en los poderes del juez sobre los materiales jurídicos del proceso por el aforismo iura novit curia, es importante tener presente que, aunque el petitum pueda tener un contenido de lo mas variado, es preciso que alguna norma del sistema juridico contemple en abstracto el derecho o relacion juridica de que se trate. En definitiva, el derecho a la actividad jurisdiccional unicamente existe cuando a lo pedido corresponde objetivamente y con arreglo a las normas juridicas la actividad solicitada. (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.32)

¹⁹⁰⁵PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.10.

¹⁹⁰⁶...para las concepciones positivistas o privatistas (autodenominadas como “garantistas”) la aplicación de este principio se reduce tradicionalmente al momento de emitir la sentencia y recae normalmente en la norma material (visión estática del iura novit curia), sin extender su ambito de aplicacion a otras etapas del proceso, e incluso sin posibilidad de aplicarla a las normas procesales, o a otras situaciones juridicas distintas de la demanda y la contestacion (como por ejemplo, en una excepcion mal fundamentada juridicamente, o una nulidad, o alguna otra incidencia donde se encuentre en cuestionamiento una erronea invocacion del derecho, o acaso, una ausencia de fundamentacion juridica). (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.20-21)

¹⁹⁰⁷Dall'antico brocardo proveniente dalla sapienza giuridica del diritto comune che, a ben guardare, – ci riferisce qualcosa di consustanziale al ruolo minimo del giudice professionale così come inteso nella coscienza sociale attuale, ancora prima di come sia scolpito dalla disciplina positiva (e cioè quello per cui al potere giudiziario è riconosciuta la legittimazione a dirimere le controversie tra i privati sulla base del diritto, proprio in quanto i suoi membri sono perfettamente a conoscenza del suo contenuto) – si deduce la regola per cui, in ciascuno dei tre momenti, colui che è investito dell'autorità di decidere abbia la più assoluta libertà. (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 20)

¹⁹⁰⁸ En el derecho romano el Principio "IURA NOVIT CURIA" tiene fuertes cimientos en el proceso civil, específicamente en la actuación del pretor (que era un magistrado). Una de las primeras manifestaciones provendrían de los actos que al pretor se le asignaba en los edictos - disposiciones - que en su conjunto formó el Derecho pretoriano cuyo triple objeto era aplicar, completar y corregir el derecho, al suponerse que el pretor conocía el derecho de su región así como la costumbre y la tradición lo que le permitía modificar y corregir ese derecho. (ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p.)

¹⁹⁰⁹Quanto all'aforisma iura novit curia di formulazione medievale, occorre rilevare come esso non risponda alla visione classica del processo. Aristotele attesta come le leggi fossero mezzi di prova rimessi alla disponibilità delle parti processuali, in conformità al carattere privato dell'accusa; non trovando applicazione il principio iura novit curia, i testi di legge dovevano essere prodotti in giudizio da chi voleva far valere una domanda o un'eccezione. Cicerone, dal canto suo, avvertiva come nelle controversie giudiziali la legge non potesse essere considerata una pretesa stabile e univoca, ma andasse invocata quale adiutrix et testis “assistente e testimone” dell'oratore nello sviluppo argomentativo della sua esposizione. (MINGARDO, Letizia. Il principio processuale della giurisdizione.

dispositivo, congruência e motivação, pois o direito, como *ius facere*, era o reflexo da vida. No direito romano é onde nasce o brocardo, mas seu sentido é alterado quando a modernidade o resgata e lhe deturpa o sentido original.

De outro lado, no sistema de *legis actiones* estava marcado o formalismo pelo qual o demandante e demandado deveriam realizar certos atos perante o magistrado, estando o juiz apegado à uma investigação simples, limitado à verificação dos fatos e à direção do processo como “mero espectador”.¹⁹¹⁰ No sistema formulário, por seu turno, o pretor possuía todos os recursos processuais e extraprocessuais, bem como tinha a última palavra redatando a fórmula, que era a questão a ser resolvido no pleito; ou seja, a declaração do direito e a fixação dos limites da controvérsia. É primeiro emprego do *iura novit curia*.¹⁹¹¹ No sistema extraordinário, a *exceptio* arguida pelo demandado surgiu como um recurso processual eficaz ao pretor para cumprir sua missão de corrigir o direito civil, que mais tarde passa a ser unificado em um só único procedimento, guiado pelo juiz, que deve suprir e corrigir o direito, marcando a existência e utilização do aforismo *iura novit curia*.¹⁹¹²

Em: MORO, Paolo. **II Diritto come Processo**. Princípi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.218)

¹⁹¹⁰El sistema de las legis actiones, es el primer sistema procesal romano recogido en la Ley de las XII Tablas [...] En aquel tiempo, este sistema se caracterizaba por su formalismo ya que el demandante y el demandado debían realizar ciertos actos ante el magistrado; hacer gestos, pronunciar palabras conforme a un rito riguroso determinado por la ley, y de este formalismo dependía ganar o perder el juicio, mientras que el Juez se apegaba a una investigación bastante simple, limitada a la verificación de los hechos, a dirigir el debate, es decir a ser un mero espectador. (ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p.)

¹⁹¹¹El sistema formulario, es el segundo sistema procesal romano, creada en 242 a.C., estaba dirigida al conocimiento de asuntos entre peregrinos y de éstos con los romanos, sin ajustarse al formalista sistema de las legis ctiones, al que no accedían los no ciudadanos. El pretor, en posesión de todos los recursos procesales y extra procesales, realizó una profunda renovación, creación y desarrollo de instituciones jurídicas que convirtieron a la iurisdictio en la fuente mas original del Derecho Romano, el pretor es el que tiene la ultima palabra, redactando la formula, un breve documento escrito donde se reseña la cuestión y como debe resolverse el pleito, según encontrara fundadas o no las pretensiones del demandantes. Fue precisamente en este sistema, que el pretor tuvo una participación mas activa en la litis, ya que podía presentar varios modelos de formulas a las partes, dirigir la escogencia del Juez, declarar el derecho y fijar los limites de la controversia. **Siendo el primer antecedente del empleo del principio "iura novit curia** (ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p. P.4-5)

¹⁹¹²El sistema de extraordinario, la exceptio era la parte extraordinaria de la formula que a diferencia de las ordinarias usadas por el actor, servía como medio de defensa al demandado, Cuando se daban ciertas circunstancias de carácter fáctico que podían conducir a la absolución del demandado si las alegaba éste, pedía al Juez que insertara en la formula una exceptio, interpuesta tal defensa el juez debía condenar, si la hipótesis prevista en la intentio era veraz y absolver en caso de que el demandado probara las circunstancias de hecho que señalaba en la exceptio. Nació con este recurso procesal uno de los más eficaces instrumentos de que se valió el pretor para cumplir su misión de ayudar, suplir o corregir el derecho civil. Aquí el magistrado de la etapa "iure", se constituye también en el magistrado de la etapa "in iudicium", es decir que con este procedimiento extraordinario queda unificada la figura y el rol del juzgador, a través del magistrado quien resolvía directamente el litigio, este sistema procesal fue conocido con la denominación de "cognitiones extraordinarias" este nuevo procedimiento reunió caracteres muy propios, y ya muy definidos en la técnica procesal, había identidad del Juez desde que se iniciaba el proceso hasta dictar la sentencia. Este sistema fue creado por Diocleciano en el siglo IV de nuestra era, en el año 342 surgiendo como un procedimiento de excepción y con el tiempo se transformo en un procedimiento ordinario. Este sistema fue el mas antiguo considerándose la fuente de las instituciones procesales modernas, como

Nesse sentido, o aforismo vem tendo seu conceito alterado e adequado à filosofia da época, desde o direito romano, passando pela idade média até chegar na idade moderna, onde se começa a questionar, novamente, sua função e seus aspectos, com as Constituições e com o ativismo judicial.¹⁹¹³ No âmbito do processo, o princípio *iura novit curia* expressa algo mais que uma mera técnica processual de distribuição de tarefas entre o juiz e as partes, de modo que desempenha a importante função de sintetizar os poderes do julgador; é dizer, seu âmbito de competência, pois há a presunção que o órgão jurisdicional *conhece* o direito aplicável ao litígio posto em causa, circunstância que exime as partes de alegarem e provarem os materiais jurídicos que justifiquem esse direito. O juiz, nesse sentido, não estaria vinculado ao objeto do debate processual desenvolvido no âmbito do Processo.¹⁹¹⁴

Assim, o *iura novit curia* se manifesta no processo como uma presunção de conhecimento do direito aplicável por parte do juiz, na medida em que sintetiza os poderes do juiz e expressa uma regra processual de repartição da atividade probatória (os fatos corresponderia as partes e o direito corresponderia ao órgão jurisdicional).

Entretanto, é importante distinguir a presunção de que o “juiz conhece o direito a aplicar”, e outra é o “caminho que o juiz deve percorrer para adquirir esse conhecimento”, caminho este levado pela dinamicidade processual, responsável por formar a legitimidade democrática processual operada pela compreensão hermenêutica na fundamentação judicial da decisão. A regra geral é a de que a repartição entre as tarefas do juiz e das partes condiciona que ao primeiro corresponde a investigação do direito e ao segundo a prova dos fatos. Essa distribuição tem justificativa de razões práticas. Isso se dá ao fato de haver uma crença generalizada de o juiz conhece melhor o direito e as partes conhecem melhor os fatos.¹⁹¹⁵

Se somente o órgão jurisdicional possui a capacidade de selecionar o material jurídico aplicável a um litígio, as partes deveriam se limitar pura e simplesmente a abster-se de realizar

la citación, la contestación de la demanda, el rol del magistrado que si algo no se hubiere dicho por los litigantes o por los que le asisten en sus negocios, lo suple el Juez, el derecho probatorio, la sentencia como acto de poder publico, según sepa que conviene a las leyes y al derecho publico, por tener este sistema como característica de ser eminentemente publico y de él emana la concepción publicista según la cual la acción no es sino la protección o tutela jurídica del Estado dispensa a los particulares. Se verifica en este sistema procesal la existencia del manejo del principio *iura novit curia* en el quehacer del Juez, pues, a éste se le asigna la misión de suplir y corregir el Derecho. (ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p. P.5)

¹⁹¹³PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.8.

¹⁹¹⁴GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.18.

¹⁹¹⁵GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P. 25-31.

alegações sobre elas, limitando sua atividade as questões de fato, pois o juiz conhece o direito¹⁹¹⁶, assim“...*el juez podría aplicar a la causa de pedir una normativa jurídica completamente distinta a la propuesta por las partes, si considera que se corresponde más adecuadamente con lo pretendido.*”¹⁹¹⁷

Segundo o aforismo, compete ao órgão judicial a investigação do direito aplicável ao litígio, sem que importe como é feito, como alcança o conhecimento jurídico para a resolução. Porém, pode ocorrer que o juiz se encontre não somente com um problema de desconhecimento do direito aplicável, tendo assim que solucionar por seus próprios meios, sem que haja a aplicação da norma dado pelo legislador racional (lacunas jurídicas), ou por topar-se com normas que outorgam soluções jurídicas contraditórias (antinomias), ou inconstitucionalidade, etc.¹⁹¹⁸

Desta feita, as razões para a consideração do princípio *iura novit curia* muito se conectam ao racionalismo jurídico, que sustenta a autoridade de e na Lei baseado precipuamente em argumentos de Segurança jurídica: a obrigação da autoridade de aplicar o direito vigente mais além do que invocaram os litigantes, uma vez que o Estado erige o Juiz-Funcionário, que atua pelo processo, como responsável de erradicar os conflitos para a manutenção da paz social. Por este motivo, o aforismo encontra seu fundamento na sujeição das regras que a autoridade deve respeitar no exercício de sua função: a) garantia da parte em obter a resolução que se pede e b) garantia da aplicação do direito vigente que corresponda ao caso concreto. Desse modo, se é solicitada a resolução do conflito, frente ao princípio

¹⁹¹⁶...indica que en la resolución de las contiendas judiciales, los jueces pueden y deben aplicar el derecho con prescindencia del que las partes invocaron, aun a despecho de cualquier omisión en que hubiesen incurrido sobre la cita de los preceptos legales en que pudieron amparar sus pretensiones. (PAULETTI, Ana Clara. **Iura Novit Curia y Reconducción de las Postulaciones**: Cuando la Tutela Judicial Efectiva, es un Derecho Fundamental. Disponível em: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/principio_iura_novit_curia_ponencia_xxvi_congreso_nacion_al_pauletti.pdf> Acessado em: 30/01/2018)

¹⁹¹⁷En este sentido, con absoluta claridad dice Couture, Fundamentos del derecho, cit., 196, que "el fundamento del derecho que se ventila en el juicio no es tan solo el que invoca el actor; el fundamento es el derecho que rige la especie litigiosa; y ese fundamento lo debe buscar el juez aun fuera de las alegaciones de las partes". También Palacio, Derecho procesal civil, cit., 30, recuerda que "el juez debe decidir si se ha operado la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es consubstancial a la función decisoria la libertad en la elección de la norma o normas que conceptualizan el caso (*iura novit curia*)". En el sentido indicado, también M. de los Santos, "Postulación y flexibilización de la congruencia", y M. Cal Laggiard, "Principio de congruencia en los procesos civiles", Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, año 9, n.º 17, 2010, 123-141. (PAULETTI, Ana Clara. **Iura Novit Curia y Reconducción de las Postulaciones**: Cuando la Tutela Judicial Efectiva, es un Derecho Fundamental. Disponível em: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/principio_iura_novit_curia_ponencia_xxvi_congreso_nacion_al_pauletti.pdf> Acessado em: 30/01/2018)

¹⁹¹⁸GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.30.

dispositivo clássico, deverá a decisão judicial respeitar o direito – lei – vigente posto à regra de congruência. O julgador não pode adentrar na esfera de liberdade individual.¹⁹¹⁹

A opinião comum dos processualistas vai no sentido de que o direito aderido pelas partes não integra o objeto do processo e nem vincula o juiz na hora de julgar precedente ou improcedente a pretensão, mesmo que deva motivar o alegado pelas partes.¹⁹²⁰ Há segurança ao cidadão na medida que sabe que o juiz fará a subsunção à norma congruente, sem possibilidade de discricionariedade e arbitrariedade.

A filosofia liberal, ao proteger a liberdade, ao mesmo tempo teme a arbitrariedade e o abuso, evitando assim as revoltas sociais, que efervescem com a união de pessoas por uma mesma causa.¹⁹²¹ O direito que o Estado reconhece, salienta-se, está do lado do indivíduo, e

¹⁹¹⁹De esta manera, merced a la creación de una ficción, se erigió uno de los pilares del ordenamiento jurídico para sostener la autoridad de la ley. Ahora, ¿cuál es la importancia del aforismo iura novit curia donde se destaca que el juez conoce el derecho, si no sólo él lo debe conocer? Descartamos todo argumento histórico, desde que ya los romanos presumían el conocimiento general del derecho y el brocardico se acuñó siglos más tarde. Entonces, cabe sostener otra razón: la obligación de la autoridad de aplicar el derecho vigente más allá del que invoquen los litigantes y su deber de conocerlo (rectius, la imposibilidad de excusarse en su aplicación aduciendo ignorancia) es una garantía para las partes. Garantía de seguridad jurídica, en cuanto la resolución se basará en el derecho vigente. Y no en otra cosa. La sociedad, a fin de mantener la paz social erradicando el uso privado de la fuerza para solucionar los conflictos, ha instaurado como alternativa que un tercero, siguiendo un método proceso resuelva el litigio. Para ello ha delegado una fracción de su poder en la autoridad constituida juez o árbitro. Pero, para no quedar sometido al arbitrio del poder constituido, se reserva ciertas garantías como resguardo de su poder no delegado. Con esta perspectiva, el aforismo iura novit curia encuentra su motivo en la sujeción a las reglas de juego que la autoridad debe respetar para resolver los litigios. En tal sentido, la presunción de su conocimiento del derecho trae aparejadas dos garantías para el litigante: a) Garantía de obtener resolución si se la pide Basada en la garantía constitucional de peticionar a las autoridades, asegura que el litigio será resuelto, quedando la autoridad imposibilitada de aducir desconocimiento de la ley para no aplicarla o no juzgar. De lo contrario sería en muchos supuestos inmanejable y hasta inútil un sistema de justicia, pues no habría certeza alguna de que se apliquen normas del ordenamiento jurídico a un caso concreto, instalando la inseguridad jurídica en su máxima expresión. b) Garantía de aplicación del derecho vigente que corresponda al caso concreto Si se solicita la resolución del litigio, deberá dictarse respetando el derecho vigente que deba aplicársele y la regla de congruencia. En este punto comienza a tallar un aspecto relevante: tal como desde antaño se transmite, los tribunales no están ligados a la ignorancia, al error o a la omisión de las partes en lo que atañe a la aplicación del derecho. Circunstancia que contribuye no sólo a la imparcialidad de la decisión e imparcialidad del juzgador, sino también a la igualdad de las partes. Esta garantía hace confiable el futuro pronunciamiento porque recalará en el ordenamiento jurídico y no en la discrecionalidad. Tratándose de una garantía para las partes, no puede concebirse que en su nombre la autoridad pueda entrometerse en la esfera de la libertad individual. (CALVINHO, Gustavo. **La Regla Iura Novit Curia en Beneficio de los Litigantes.** Disponible em: <<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>> Acceso em: 30/01/2018.P. 5-6)

¹⁹²⁰Aparezcan o no en la demanda o en la contestación los fundamentos jurídicos en los que las partes sustentan su posición, la no vinculación del Juez a los mismos implica, al menos, estas tres consecuencias a) Aunque las dos partes del proceso estén de acuerdo en admitir la existencia de una norma que realmente no existe, el Juez no podrá tenerla en cuenta b) Aunque las dos partes del proceso estén de acuerdo en silenciar la existencia de una norma que realmente existe, el Juez no podrá por ello dejar de aplicarla c) El Juez puede alterar la calificación jurídica de los hechos efectuada por las partes siempre que esse cambio no implique una mutación de los elementos objetivos de la demanda. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho.** Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.27-28)

¹⁹²¹Es decir, el liberalismo protege la libertad al mismo tiempo que teme a la arbitrariedad y al abuso que puede darse en aras de una dictadura de las mayorías o, en otras palabras, cualquier tipo de fenómeno totalitario que ponga en peligro la libertad individual (TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical.** Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofía.P.16)

não do grupo. Assim, o direito se torna uma fonte de proteção, de amparo, ao indivíduo, frente a qualquer forma de *arbitrariedad* “... lo que hace posible que en las sociedades contemporáneas se hable de derechos civiles, humanos, étnicos y de todo tipo.”¹⁹²² O liberalismo, nesse sentido, reaciona sobre toda forma de arbitrariedad, pois se negam a outorgar uma confiança ilimitada tanto ao interesse individual como à soberania popular.¹⁹²³

6.1 - A Ressignificação do *iura novit curia*: o ativismo judicial

A constitucionalização dos institutos processuais foi importante para aderir ao processo o sentido de democracia participativa, tratando as partes como “governança processual”, origem na *potestas* das partes, que equipara o juiz como parte na relação jurídica processual. Nessa perspectiva, a resignificação dos institutos processuais (contraditório, congruência, dispositivo) deixou claro que o processo, nos tempos hodiernos, não mais pode possuir em seu âmago um objeto do processo rígido, bem como não pode mais a decisão judicial ser reflexo de uma construção privada, despreocupando-se assim com a função política do juiz e com a função pública do processo.

Acompanhando a onda renovatória exposta aos demais institutos do processo, o *iura novit curia* passa a ser um princípio que já não mais adere o sentido do “*da mihi factum dabo tibi ius*” em sentido meramente reflexo da *lei*, mas passa a também o *iura novit curia* ser o reflexo da decisão judicial dada a partir dos fenômenos plurais trazidos ao judiciário, de modo que o “conhecimento do direito” pelo juiz é o resultado da governança processual exercitada pelas partes e pela compreensão hermenêutica exposta na fundamentação da decisão judicial construída a partir do caso problema.

Os debates processuais que integram o objeto do debate processual ampliam o objeto do processo, desvelando o fenômeno conflitológico de interesses aos horizontes interpretativos da compreensão hermenêutica. O ativismo judicial é justificado na fundamentação judicial, alcançando assim a responsabilidade sociopolítica, dado que “*El adagio en versión abreviada*

¹⁹²²TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofía.P.18.

¹⁹²³Si bien, los jueces tienen un límite respecto a las alegaciones fácticas, no están vinculados por las alegaciones jurídicas realizadas por las partes, gracias al principio *iura novit curia*, refiere a la invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones mantenidas por las partes dentro del proceso. El juez puede alterar el fundamento jurídico de la pretensión de la parte, pero no puede alterar la naturaleza ni la articulación de la pretensión misma. (ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p. P.17)

elimina lo referente a la actividad y esfera de incumbencia de las partes, centralizándose exclusivamente en el deber de la autoridad. De allí a sostener que es un límite o restricción al sistema dispositivo hay un corto trecho.”¹⁹²⁴

A constitucionalização do direito, ainda, importa na existência de estruturas normativas abertas e indeterminadas, que impõe uma nova tarefa ao juiz, que supera, certamente, aquela de interpretar uma norma.¹⁹²⁵ Aderido a isto, a gama de proteções, de princípios e complexidades emergem, sendo que esta última modifica-se com imensa rapidez, de modo que, conforme posto anteriormente, a *incongruência* e a *flexibilização da congruência* são a estrutura de possibilidades da construção da decisão judicial a partir do caso problema, tornando o direito *adaptação existencial*.

A ideia de um Estado Constitucional sobreposta ao Estado Ativo-Responsivo importa a normatividade de um catálogo de direitos fundamentais que incluem, para além de liberdades negativas, direitos sociais, conectados com princípios. Com a crise da legislação, que acompanha o surgimento destes novos direitos, ocorre uma imensa produção normativa: *“Elementalmente, la regla iura novit curia sufre una crisis en su definición misma (¿de qué derecho hablamos cuando exigimos que el juez conozca el derecho?) así como en su legitimidad (¿conforme a qué norma está resolviendo el juez? ¿en qué términos está vinculado a la ley? ¿podemos seguir considerando la interpretación como una actividad predominantemente cognoscitiva en todos los casos?).”*¹⁹²⁶

O princípio deixa de ser – como defendido por aqueles aderentes do exercício subsuntivo do juiz - uma **faculdade** *“Esa nueva fisonomía del proceso, impide hablar del “iura novit curia” como una mera facultad, cuando se trata de un deber del juez merced al cual ha de evitar todo sacrificio del derecho, asegurando la igualdad ante la ley o “uniformidad del juicio”*.¹⁹²⁷ A criação do direito pelo processo é inerente ao direito, pois é no processo que o direito é textualizado e contextualizado, seja pela interpretação ou pela ampliação textual inferidas ao sistema jurídico como normas individuais.

¹⁹²⁴CALVINHO, Gustavo. **La Regla Iura Novit Curia en Beneficio de los Litigantes**. Disponível em: <<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>> Acesso em: 30/01/2018.P.3.

¹⁹²⁵MEROI, Andrea A. Iura Novit Curia y Decisión Imparcial. **Revista Ius et Praxis**, ano 13, n.º 2, 2016. Pp.379-390.

¹⁹²⁶MEROI, Andrea A. Iura Novit Curia y Decisión Imparcial. **Revista Ius et Praxis**, ano 13, n.º 2, 2016. Pp.379-390.P.387.

¹⁹²⁷PAULETTI, Ana Clara. **Iura Novit Curia y Reconducción de las Postulaciones**: Cuando la Tutela Judicial Efectiva, es un Derecho Fundamental. Disponível em: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/principio_iura_novit_curia_ponencia_xxvi_congreso_nacion_al_pauletti.pdf> Acessado em: 30/01/2018.

Desse modo assume o brocardo uma importante relevância junto ao processo atual, porém, longe da clássica visão que se tinha deste. O princípio deve ser visto a partir da constitucionalização do direito, do direito como processo, resultado da consideração do direito como direito objetivo – decisão da autoridade judicial. Por esse sentido, cria-se uma nova perspectiva para o *iura novit curia*, pois o princípio em comento encontra seu fundamento na observância junto ao direito fundamental, e na tutela jurisdicional efetiva e satisfativa, razão pela qual, no sentido aqui expressado, deve incorporar-se a nível constitucional como dever inerente à administração da justiça e a função jurisdicional.¹⁹²⁸

Por tudo que restou exposto, o *iura novit curia* não pode ser somente o conhecimento da perfeição das leis tais como são escritas, mas igualmente deve-se conhecer a sociedade em que o direito é posto e que essas Leis devem viver.

¹⁹²⁸En resumen, nuestra perspectiva (a diferencia de la doctrina tradicional del *iura novit curia*) es que este principio encuentra su fundamento en la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; por lo tanto, su fundamento no se encuentra a nivel infra constitucional, sino que postulamos que el principio *iura novit curia* se encuentra implícito dentro del derecho fundamental del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Por tal razón, consideramos que debe incorporarse expresamente a nivel constitucional como deber jurisdiccional de todo Juez (incluyendo a los Jueces Supremos, que se resisten a la aplicación del *iura novit curia* en sede casatoria. (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.25)

6.1.1 – Do Princípio Dispositivo e do Princípio do Contraditório^{1929,1930} como possibilitadores do Princípio *Iura Novit Curia*

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, impone una nueva mirada del “*iura novit curia*”, en función del rol que compete al juez en la protección jurisdiccional de todos los derechos, que aquél derecho fundamental viene a garantizar.¹⁹³¹

A dinamicidade processual é exposta quatro momentos fundamentais: a) o primeiro momento dá-se quanto ao princípio dispositivo e ao princípio do contraditório. O princípio dispositivo foi ressignificado pelo princípio contraditório constitucionalizado, fazendo com que se alcance a dialeticidade-dialogal das partes em uma governança processual em colaboração reativa, instituindo uma nova filosofia ao processo; b) o segundo momento dá-se quanto aos objetos (do processo e do debate processual), introduzida a ideia da cisão do objeto do processo em direito subjetivo como lei ou direito subjetivo como situação jurídica processual. A ressignificação realizada mostrou o momento estático (objeto do processo) e dinâmico (objeto do debate processual) do processo; c) o terceiro momento dá-se quanto ao princípio da congruência processual, onde foi exposto que em sua acepção clássica esta tem íntima conexão com a motivação da decisão judicial, determinada ou como a aplicação da lei pelo juiz, ou como a centralidade de uma filosofia da consciência pela centralidade na jurisdição. Essa visão é rompida com a flexibilização da congruência e com a incongruência processual; d) Por fim, conforme restará exposto, o *iura novit curia*, nessa passagem da jurisdição ao processo, ganha legitimidade democrática pelo jogo dialético-dialogal, responsável pelo desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses, possibilitado com a compreensão hermenêutica¹⁹³²

¹⁹²⁹Por eso si no se quiere caer en posturas en donde cualquier idea de certeza se estime como carente de referencia sólida y rebajada a puro mito, pura ideología (que el único método sea la libérrima conciencia decisoria, el juez dueño y señor del derecho) debemos asumir una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico. (MEROI, Andrea A. *Iura Novit Curia y Decisión Imparcial*. **Revista Ius et Praxis**, año 13, n.º 2, 2016. Pp.379-390.P.385)

¹⁹³⁰Nelle Eumenedi di Eschilo (485 a.C), Atena, di fronte alla Erinni che accusano Oreste di matricidio, ricorda l'importanza di sentire tanto l'accusa quanto la difesa: “ Son due le parti, e solo una parlò” (Eschilo, Eumenidi, v.428). Nella *Metafisica* di Aristotele (IV sec.a.C), il filosofo osserva come “si trova necessariamente in una condizione migliore per giudicare colui che ha ascoltato le ragioni opposte, come in un processo” (Aristotele, *Metafisica*, III 1, 995 b 2-4). Nella *Medea* di Seneca (61-6 d.C), la protagonista, abbandonata dallo sposo Giasone, si rivolge al re Creonte per reclamare contro l'ordine di esilio emanato nei suoi confronti, dicendo: “Chi decide senza ascoltare l'altra parte, magari decide giusto, ma giusto non è” (Seneca, *Medea*, vv.199-200). (MINGARDO, Letizia. Il principio processuale del contraddittorio. Em: MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.182)

¹⁹³¹PAULETTI, Ana Paula. **Principios Procesales del Proceso Civil Entrerriano**. Disponível em <http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/EntreRios_11.pdf>. Acessado em: 01/01/2018. P. 10.

¹⁹³²GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.34.

manifestada com a fundamentação da decisão: opera assim o princípio do *iura novit curia*, culminando na criação do direito objetivo processual, pois o processo é o centro de politização da vida. Demarca-se a legitimidade democrática processual.

Toda essa dinâmica processual ressignificada pelo ora trabalho muito bem acaba por propiciar o reforçamento do princípio do *iura novit curia*^{1933,1934} como legitimador do Processo como gênese do Direito. Esse acerto *da Jurisdição ao Processo* acaba oportunizando que pela dinamicidade processual venha gear o efeito jurisdicional de uma legitimidade democrática processual.

Conforme já explicitado, o princípio dispositivo ressignificado pelo princípio contraditório¹⁹³⁵, passa a ser o elemento crucial para o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses em um jogo dialético-dialogal construído pelas partes em colaboração reativa que expõe ao fenômeno à compreensão hermenêutica. A análise realizada do princípio *iura novit curia* leva a conclusão que os poderes do órgão judicial são absolutos se respeitada a dinamicidade processual em relação com o direito operado pela compreensão hermenêutica. Porém, a compreensão hermenêutica só detém legitimidade democrática processual se constituir-se na fusão entre administração de justiça em sua *potestas* pelo governo das partes em colaboração reativa e assim serve de base a dinamicidade processual, a qual toa a atividade jurisdicional em sua função jurisdicional, a qual acercar-se-á da compreensão hermenêutica, não limitando o direito como Lei, mas sim de um direito que tenha como base científica o paradigma científico da complexidade, pois alerta o Processo as incertezas

¹⁹³³O trabalho aqui delimita o *iura novit curia* de forma distinta do que assevera teoricamente Sánchez. Ver: SÁNCHEZ, Guillermo Ormazal. **Iura Novit Curia**. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Barcelona: Marcial Pons 2007.

¹⁹³⁴Em sintonia com nuestra propuesta de cambiar la mirada habitual sobre el aforiemo, evidenciamos que no lo consideramos como una alternativa idónea para aumentar el activismo – o decisionismo – judicial ni como um limite al sistema dispositivo. Cual moneda, su anverso rescata la libertad de la autoridad – juez o árbitro – para resolver el litigio; su reverso la garantía que establece para las partes em orden a la obtención de una resolución respecto sus pretensiones donde se aplique el derecho vigente. Aunque a esta altura, se impone una explicación: la libertad de la autoridad que pregonamos debe estar relacionada con el derecho que pretenden aplicar las partes. Nunca debe entenderse como libertad em relación a la ley, pues se aceptaría someter el ordenamiento jurídico a la voluntad del juzgador. Y si éste carece de independencia del poder político, no sólo nos quedamos sin división de funciones del poder, sino sin libertad y sin derechos. [...] \puede argumentarse que em un ordenamiento jurídico superpoblado de leyes – muchas de las cuales no ostentan buena técnica legislativa o son contradictorias -, carenciado de sistematización y adecuada actualización, donde se reiteran cuestiones yuxtapuestas, es imposible el conocimiento de todo el derecho, incrementándose las dificultades para quienes deben aplicarlo e interpretar. Pensamos, sin embargo, que la mayor o menor dificultad em el acceso al conocimiento de la ley no alcanza para derribar la ficción creada si oportunamente cumplió con el requisito de publicidad. Que sea difícil no significa que sea imposible. (CALVINO, Gustavo. **La regla iura novit curia en beneficio de los litigantes**. Disponível em: <<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>>. Acessado em 09 de janeiro de 2018. P. 9 e 11)

¹⁹³⁵MEROI, Andrea A. Iura Novit Curia y Decisión Imparcial. **Revista Ius et Praxis**, ano 13, n.º 2, 2016. Pp.379-390. P.386-387.

produzidas pelo social. Para isso deve construir uma dialética-dialogal na governança das partes em um amplo direito de agir e reagir para que se estabeleça o processo justo^{1936,1937,1938}

Essa ressignificação do princípio dispositivo pelo contraditório acaba sendo absorvida pela democratização da democracia, a qual oportuniza pela Administração da Justiça a governança processual das partes pela colaboração reativa; serve a *potestas* como a dinamicidade processual que legitima a função judicial – *auctoritas*, que com a aplicação do princípio do *iura novit curia*¹⁹³⁹, de modo que as partes constroem o Processo – demarcando uma centralidade política no Processo e não pela atividade jurisdicional do Juiz. Para as partes está disponível posturas ativas junto a governança processual em colaboração reativa para com o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses, que será (des)construído pela compreensão hermenêutica junto aos objetos (do processo – momento estático; e, do debate processual momento dinâmico que pode alterar o apresentado no momento estático).

O processo passa a catalisar os fenômenos conflituais diversos, que podem ser tanto *substanciais* como *formais*, frutos do momento estático do direito. Ao processo momento dinâmico do direito, poderá ser trazido pretensões consistentes em um direito subjetivo, bem como poderá ser trazido *situações jurídicas substanciais*, sendo esta segunda possibilidade uma superação da cisão *fato-direito*. Ainda, no objeto do debate processual, pretensões formais poderão ser *substancializadas* com a dialética-dialogal, perpassando a decisão judicial – dada a ampliação do direito subjetivo – a lei, ocorrendo a incongruência ou a flexibilização da congruência. Ainda, pode o objeto substancializado ter seus horizontes expandidos em diferente direção a partir do objeto do debate processual, fazendo com que a decisão judicial seja, do mesmo modo que no objeto foram, incongruente ou com a flexibilização da congruência. Ocorre um sem-número de possibilidades ao direito, que já não mais é preso à estática da lei. A dinâmica processual é responsável por acompanhar a gramática da vida, e de impor essa

¹⁹³⁶La tutela jurisdiccional efectiva en sí, exige una nueva mirada del “*iura novit curia*”, en función del rol que compete al juez en la protección jurisdiccional de todos los derechos, que aquél derecho fundamental viene a garantizar. (PAULETTI, Ana Paula. **Iura Novit Curia y reconducción de las postulaciones**. Cuando la Tutela Judicial Efectiva, es un Derecho Fundamental. In: XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Santa Fe, 8,9 y 10 de Junio de 2011. P. 1)

¹⁹³⁷GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.31.

¹⁹³⁸En definitiva ese juego equilibrado de poderes y controles, debe permitir el desarrollo de un proceso justo, donde el acceso a la verdad jurídica objetiva tenga la primacía que le corresponde para “afianzar la justicia”. (PAULETTI, Ana Paula. **Principios Procesales del Proceso Civil Entrerriano**. Disponível em <http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/EntreRios_11.pdf>. Acessado em: 01 de janeiro de 2018. P. 9.)

¹⁹³⁹O direito das partes a serem informados e ganhar a oportunidade de comentar sobre a questão jurídica relevante também pode ser de grande valor, não só por razões de princípio, mas mesmo para puramente práticas (economia processual) queridos. (TÖRNQVIST, Tomas. **Iura Novit Curia**. Universidade de Lund - Faculdade de Direito. Tese em litígio – 2000. 124 p. P.7)

adaptación existencial necesaria para – una verdadera - *sobrevivencia* da sociedade. A importância do brocardo *iura novit curia*, desse modo, resta clara a partir do que foi exposto no parágrafo: a criação do direito pelo juiz é consequência natural do processo, uma vez que – sim – o juiz conhece o direito *mais do que as partes*, pois o juiz possui, acompanhando a governança processual, responsabilidade sócio-política para com a sociedade. A decisão judicial não pode mais ser o reflexo do direito como lei – do direito como subsunção a partir dos fatos trazidos pela parte – pois o direito é ritmo de vida, que é acompanhado em sua plenitude pela dinamicidade processual criadora de direitos.

Como ampliação das possibilidades do princípio *iura novit curia*, a dialética-dialogal processual é a resposta da colaboração das partes no processo, já que se configura indispensável para o mesmo. O conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota com a simples bilateralidade dos atos processuais e a possibilidade de contradizê-los, mas sim com a necessidade de que esses atos dependem da efetiva participação das partes, vedando-se decisões surpresas¹⁹⁴⁰.¹⁹⁴¹ De fato, as decisões surpresas não respeitam o contraditório e nem o

¹⁹⁴⁰Queda claro que el Juez no puede dejar de aplicar la norma jurídica que considera pertinente al caso, pues estaría dejando de cumplir su función, esto es, el deber de conducir el proceso de tal forma que no se frustre el adecuado servicio de justicia, sin embargo, tampoco puede simplemente conceder lo solicitado, cuando el fundamento de dicha solicitud nunca fue propuesto por la parte demandante, ni discutido por la parte demandada, pues se vulneraría el derecho de defensa de la demandada, quien discutió a lo largo de todo el proceso to sostenido por ta parte demandante y no otra cosa..En esa razón et Juzgador no puede sorprender a tas partes con nuevos argumentos que no hayan sido puestos en conocimiento de los litigantes previamente, pues lo contrario, no solo podría vulnerar sus intereses particulares, sino que tal proceder disminuiría la confianza en el servicio de justicia, lo que afectaría un claro interés público. En todo caso lo que puede hacer el órgano jurisdiccional en situaciones similares a la descrita, es poner en conocimiento de las partes procesales este nuevo argumento o consideración jurídica, a efectos de no vulnerar el principio del contradictorio. El poner en conocimiento de las partes et nuevo argumento jurídico que el juez considera aplicable, permitirá entre otras cosas Evitar que el Juzgador actúe en contra de los propios intereses de los litigantes, pues puede darse el caso que la demandante desee únicamente obtener una sentencia sustentada en la causal que alego y no en otra Evitar que el Juzgador pueda contradecir una sentencia con autoridad de cosa juzgada que pudiera existir respecto de esta "tercera opinión", lo que sucederá cuando haya existido, con anterioridad, un proceso el que se haya sostenido dicha en dicha tercera opinión como fundamento de la pretensión y la misma haya sido rechazada con un pronunciamiento sobre el fondo. Evitar que el Juzgador pueda pronunciarse respecto de la tercera opinión cuando exista una litispendencia al respecto, lo que sucederá cuando otro juzgador se encuentre conociendo de un proceso entre las mismas partes y teniendo como fundamento dicha tercera opinión (ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. P. 37-38)

¹⁹⁴¹ El principio del contradictorio como limite al principio jura nov11 curia, ha sido reconocido por la doctrina, como uno que identifica al proceso mismo, teniendo en consideración que la dialéctica procesal se encuentra constituida por la afirmación de un derecho o realidad (tesis), una negación (antítesis), y una síntesis que parte necesariamente de los expresado por las partes. De esta manera, no cabe duda que la colaboración de las partes en el proceso resulta indispensable para el desenvolvimiento del mismo, ya que solo con ello se podrá contar con una decisión justa. El contenido mínimo del principio de contradictorio no se agota con la consagración de las denominadas bilateralidad de los actos procesales y la correlativa posibilidad de contradecirlo, sino que incluye la necesidad de que los actos judiciales y su formación dependan de la efectiva participación de las partes, debiendo tener conocimiento oportuno de todas las alegaciones o argumentos que se consideren aplicables al caso. Es en este sentido que si un Juez no se encuentra de acuerdo con la invocación de una norma supuestamente aplicable al conflicto, y por lo tanto, no se encuentra de acuerdo con la posición jurídica sumida por las partes, no puede simplemente dejar de pronunciarse sobre el fondo del conflicto; esto es, que si a lo largo de un proceso surgiera una tercera opinión - por parte del Juez-, variándose de alguna manera las consideraciones jurídicas del caso, la

dispositivo, ambos constitucionalizados, e não coadunam com uma visão de tecido aberto da normatividade, pois não possibilitam a colaboração reativa, e assim não se terá um processo justo.

Conforme visto, em virtude do princípio *iura novit curia*, o órgão judicial possui a compreensão hermenêutica, é preciso determinar como conjugar pelos princípios do dispositivo e contraditório os poderes do juiz com os direitos atribuídos às partes.¹⁹⁴² Na estrutura clássica do princípio *iura novit curia*, as partes podem ser surpreendidas pela decisão do Estado-Juiz, não podendo estabelecer o contraditório depois que a lei selecionada pelo juiz resolve o caso-problema. Pelo princípio, segue que o Estado-Juiz não possui obrigação de informar as partes que determinada lei, não trazida para debate, pode ser aplicada. O princípio do dispositivo e do contraditório constitucionalizados, de outro lado, quebram essa ideia, pois a decisão do juiz a partir da fundamentação é construída sobre o diálogo-dialogal, sua legitimidade democrática processual nasce da dinamicidade processual¹⁹⁴³.¹⁹⁴⁴

solución no sería quitar esta opinión - y que con ello impedir la aplicación del aforismo *iura novit curia* -, sino dar la oportunidad a las partes para que puedan pronunciarse sobre el nuevo aspecto jurídico (ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. P.36)

¹⁹⁴²GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P. 36.

¹⁹⁴³Uma vez que o Tribunal é tanto direito e obrigação de ofício de aplicar a lei, independentemente partes correspondentes comentários, pode haver casos em que as partes são surpreendidos pela jurídica avaliação expressa no julgamento. As partes, então, não foram capazes de estabelecer sua litígio ou argumento depois que a lei veio para resolver o caso. Por princípio da *iura novit curia* não se segue que o tribunal pode ou deve dar às partes informação se uma determinada lei concebível que não tenha falado mais cedo no processo. Contraste Decorre do princípio, na minha opinião, que não há nenhuma obrigação de corte para informar as partes sobre as regras legais pertinentes antes do julgamento é entregue. Tal obrigação significa que o tribunal foi feito dependente do partido foi misturado na avaliação jurídica e liberdade do tribunal ao movimento colocar uma regra aplicável de lei para base para a decisão, portanto, ser limitado. Mais recentemente, tem sido sugerido na literatura que o princípio do contraditório é violado quando estes julgamentos surpresa. Portanto, os elementos da doutrina defendiam o dever do tribunal informar as partes sobre uma lei específica, a fim de dar o último a oportunidade de comentar ou adaptar sua ação após a nova premissa. Tal gestão de processos de material é, no entanto, de acordo com a jurisprudência recente e a visão predominante na literatura jurídica não obrigatório. Os tribunais considerados apenas ser livre para perseguir um processo liderado pelo batalha. (TÖRNQVIST, Tomas. **Iura Novit Curia**. Universidade de Lund - Faculdade de Direito. Tese em litígio – 2000. 124 P. P.5)

¹⁹⁴⁴El principio de cooperación cobró más trascendencia, al regularse en el art. 160 p.5., la posibilidad de valorar la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso para constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, y la misma suerte merecieron los principios del diálogo y contradicción, con la mediación obligatoria –art. 286-, y la sustanciación del recurso de inaplicabilidad de ley – art.280 último párrafo-, y el de motivación, en cuanto, los arts. 258 y 281, ahora exigen a las Cámaras de Apelaciones, motivar la declaración de deserción, la concesión del recurso de inaplicabilidad y la declaración de inadmisibilidad. [...] El principio de autoridad implica un límite al principio dispositivo, que no afecta su rol principal de asegurar que la disponibilidad de los derechos sea una potestad exclusiva del individuo, y afianza el carácter público del proceso, por ser las reglas del debate bajo las cuales el Estado ejercerá su potestad jurisdiccional exclusiva. - El refuerzo del principio de autoridad en el código vigente, efectivizó legislativamente el tránsito del juez espectador al juez director, quedando ello evidente no solo en el perfil del juez que exige la regulación de la audiencia preliminar (arts.346, 347), sino al sumar a los deberes enunciados en el art. 31, los enumerados (ya no como facultades) en el art. 33, consistentes en disponer de oficio medidas para evitar la paralización del proceso, intentar la conciliación en cualquier momento del trámite, proponer fórmulas para simplificar las cuestiones litigiosas, ordenar medidas para mejor proveer, aclarar conceptos oscuros o corregir errores antes de la notificación de la sentencia o dentro

A dialética-dialogal proporcionado pela dinâmica processual é o reflexo da democratização do processo na medida em que impede que o princípio *iura novit curia* transforme-se em um instrumento de opressão e poder infundado, reflexo da filosofia da consciência.¹⁹⁴⁵

Com os princípios dispositivo e contraditório¹⁹⁴⁶, o Estado-Juiz ganha maior imparcialidade, a governança processual das partes em colaboração reativa pela dinamicidade processual as partes toam o processo acertado pela dinâmica processual, esse acatamento da Administração da Justiça despolitiza a Jurisdição e politiza o Processo, retira das mãos do

de los tres días de notificada. [...] Se trata éste de un aspecto del proceso de tal gravitación, que exige el acompañamiento de una política judicial firme y efectiva, con un sistema real de controles mediante estadísticas serias, e inspecciones acordes, donde se incluya el examen de la aptitud de los organismos en relación al número de causas y grupo poblacional al que está destinado, de modo de extraer conclusiones que permitan líneas de acción dirigidas a las causales reales de los defectos que se verifiquen, incluso de la mora judicial en el dictado de sentencias. (PAULETTI, Ana Paula. **Principios Procesales del Proceso Civil Entrerriano**. Disponível em <http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/EntreRios_11.pdf>. Acessado em: 01 de janeiro de 2018. P. 7-9.)

¹⁹⁴⁵En tal marco, OLIVEIRA propicia un nuevo alcance de la regla iura novit curia. Las partes pueden y deben aportar su cooperación también en cuanto a la valorización jurídica de la realidad externa al proceso, investigación que de ningún modo puede ser hoy labor exclusiva del órgano judicial. La expectativa de éxito final en la causa evidencia, en verdad, el interés primordial de la parte en dar a conocimiento del tribunal la norma jurídica a ser aplicada según su visión particular. Existe un serio riesgo de que, habida cuenta de la complejidad jurídica actual, los jueces no “descubran” una norma jurídica favorable al litigante o no la interpreten correctamente. De tal suerte, importa establecer el contenido o alcance de la norma aplicable, evitando sorpresas y las consecuencias negativas que de ahí se siguen para el ejercicio del derecho de defensa y la tutela de otros valores como la concentración, la celeridad del proceso y la calidad del pronunciamiento judicial. Además de eso, es inadmisibles que los litigantes sean sorprendidos por una decisión que se apoye fundamentalmente en una visión jurídica de la que no estén en conocimiento. El tribunal debe, por lo tanto, dar conocimiento previo de qué dirección o derecho subjetivo corre peligro. Las alegaciones de las partes a este respecto no sólo satisfacen su interés sino también el interés público, en la medida en que cualquier sorpresa, cualquier acontecimiento inesperado, sólo hace disminuir la fe del ciudadano en la administración de justicia. En el fondo, “el diálogo judicial se transforma en una auténtica garantía de democratización del proceso, al impedir que el poder del órgano judicial y la aplicación de la regla iura novit curia redunden en instrumento de opresión y autoritarismo, sirviendo a veces a un mal explicado tecnicismo, con obstrucción a la efectiva y correcta aplicación del derecho del caso”. Si convenimos en que es socialmente valioso que los destinatarios de las normas concurren activamente a su interpretación, se impone que deban participar “el peticionario y la contraparte el recurrente (por ejemplo en el recurso constitucional), demandante y demandado, que fundamentan su instancia y obligan al tribunal a adoptar una posición («diálogo jurídico»)” . En suma, “el juez constitucional no es el único intérprete en el proceso constitucional: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían”. Esto es lo que, de alguna manera, están imponiendo las legislaciones procesales alemana y francesa. Esto es lo que impone la legislación, la jurisprudencia y la doctrina española para la definición de la cuestión constitucional. (MEROI, Andrea A. *Iura Novit Curia y Decisión Imparcial*. **Revista Ius et Praxis**, ano 13, n.º 2, 2016. Pp.379-390. P.388-389)

¹⁹⁴⁶El principio procesal del diálogo comprende al derecho fundamental del contradictorio, más se ensambla en una conceptualización menos confrontativa y más colaborativa de la resolución de los conflictos en el ámbito jurisdiccional. La reforma se ha encargado de acentuar su presencia al favorecer el diálogo entre las partes, y de éstas con el juez, lo cual se observa en la mediación obligatoria (art.286), en la comparencia personal y conciliación que el juez está obligado a intentar en todo tiempo (art.33 inc.b.), y la que debe dirigir en el marco de la audiencia preliminar (art. 347 inc.2).- El diálogo también está implícitamente facilitado al preverse en el texto reformado del art. 195, que la providencia que admite o deniega una medida cautelar pueda recurrirse por vía de reposición, y que la apelación pueda ser subsidiaria, y no solo directa y exclusiva como lo era en la anterior confección.- Conforme a este principio del diálogo, es conveniente someter a una mínima discusión la aplicación de un derecho distinto al alegado por los interesados cuando el juez se percata de una posibilidad legal no prevista por las partes por la que puede llegar a fallar “iura novit curia”, incluso antes de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma. (PAULETTI, Ana Paula. **Principios Procesales del Proceso Civil Entrerriano**. Disponível em <http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/EntreRios_11.pdf>. Acessado em: 01 de janeiro de 2018. P. 19.)

Estado-Juiz e do Estado-Legislador em um modelo de Estado Ativo-Responsivo a governança das partes é o que determina a criação do direito junto a função jurisdicional que passa a ter como morada a dinamicidade processual como justificante da compreensão hermenêutica, e assim aplica-se o princípio do *iura novit curia* em uma crucial relevância a essa nova gênese do direito. A fundamentação da decisão passa a expor as teses jurídicas interpretativamente postas pela hermenêutica filosófica de cunho judicial. A motivação é distinta da fundamentação, e por sua vez, apregoa-se à qualificação jurídica simples, que é toada como o objeto do processo em uma forma rígida, cartesiana, levando o juiz à mera subsunção do fato ao direito como lei. Importante, na atualidade, aderir a fundamentação judicial, que tem como espaço episcopal o objeto do debate processual.

Note-se que o *iura novit curia* acaba sendo fruto da dinamicidade processual (administração da justiça) que com a compreensão hermenêutica nessa dialética-dialogal proposta pela nova onda renovatória do processo em um acertamento da decisão não como centro de politicidade, mas sim com o Processo como centro de politização do direito, relevância esta demarcada em todo o trabalho, não mais afigura a representação da politicidade na decisão do Estado-Juiz, mas sim na governança das partes que rompem com o estrito legalismo na aplicação da lei pela compreensão hermenêutica, a qual acaba criando uma legitimidade democrática processual.

6.1.2 - Da Flexibilização da Congruência Processual e seus Reflexos

A efetiva flexibilização do princípio da congruência dá-se pelo *iura novit curia*¹⁹⁴⁷, e essa flexibilização expressa-se tanto pela discricionariedade quanto pela arbitrariedade, podendo-se falar, nesse sentido, na existência de *incongruências* e *flexibilização da congruência*, justificadas pela discricionariedade e arbitrariedade, que, como visto, adquirem novo sentido na visão do processo como direito.

A doutrina mais recente questiona-se sobre a flexibilização e a incongruência, mas em nenhum momento afirmando a possibilidade da incongruência em razão da aparência “nociva” da supramencionada possibilidade.¹⁹⁴⁸

¹⁹⁴⁷LAGGIARD, Maximiliano Cal. Principio de Congruencia en los Procesos Civiles. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**, 2012, ano XI, n.º 21. Pp.11-24.

¹⁹⁴⁸Ya se ha señalado que cuando el demandante proporciona en la demanda como apoyo de su pretensión unos hechos lo hace pensando que componen el supuesto de hecho de una concreta norma jurídica. La duda surge, pues, en cuanto a si el Juez en su sentencia debe pronunciarse unicamente sobre hechos así calificados, o bien posee la

Os efeitos reflexos da discricionariedade e arbitrariedade, quando aplicados ao princípio da congruência, relativizam a congruência processual, criando um cenário - longe do caráter nocivo do termo posto - de incongruência (arbitrariedade) e de flexibilização da congruência (discricionariedade), o que ocorrerá na decisão judicial quando a discricionariedade e arbitrariedade são postas pela decisão judicial através do princípio do *iura novit curia*. Conforme visto, muitos justificam a discricionariedade na imprecisão da norma, porém, essa imprecisão não é pressuposto da discricião.¹⁹⁴⁹

Como visto, o direito é norma¹⁹⁵⁰, e não Lei, de forma que o sentido da expressão “o juiz conhece o direito” deve ser considerada não com vistas ao direito subjetivo, mas com vistas ao direito objetivo – que engloba normas e direito subjetivo. Por esta razão, “...*el conocimiento de las disposiciones normativas sea una condición necesaria para el de las normas jurídicas, pero no sea una condición suficiente*”¹⁹⁵¹, pois o que servirá para solucionar os casos são as normas jurídicas, e não as disposições que as formula “*Por ello, la presunción de conocimiento judicial y el principio de la sujeción del Juez a la ley expresadas por el aforismo iura novit curia están referidos, sobre todo, a las normas jurídicas.*”¹⁹⁵²

Os efeitos tanto da incongruência quanto da flexibilização da congruência ocorrem pelo *iura novit curia*, na medida em que o fenômeno conflitológico de interesses é muito mais amplo

capacidad, sin incurrir em incongruencia, de calificar de modo diferente esos mismos hechos y resolver el litigio a partir de la nueva calificación. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.220)

¹⁹⁴⁹[...] la lettera della legge trae, il più delle volte, in inganno, giacché nella gran parte dei casi la norma intende, semplicemente, che il giudice prevveda soltanto ove sussistano determinati presupposti: ove questi si riscontrino, l'atto à devuto e non discrezionale. In altri casi, l'uso improprio del concetto deriva dall'equivoca connessione, tuttora ricorrente, tra discrezionalità ed imprecisione della norma. Non può ritenersi, invece, che tale imprecisione sia presupposta della discrezionalità: essa ne è semmai, la conseguenza. In primo luogo, la gran parte delle norme – per la loro stessa generalità ed astrattezza – risultano formalmente incomplete al momento dell'applicazione al caso concreto, e abbisognano d'interpretazione: in tal casi, tuttavia, non si verte in discrezionalità, per come essa è stata sin qui delineata. Su ciò si dovrà ritornare. Inoltre, la descrizione della condotte è incompleta anche quando essa è valutata dalle norme in termini di lecità: e della distinzione tra discrezionalità e liceità si dirà tra breve. Piuttosto, l'attribuzione di discrezionalità presuppone l'intento del legislatore – che privilegia il soddisfacimento di un interesse o valore assegnandolo come scope all'agente – di non obliterare altri valori che rilevino nella situazione concreta. Che la condotta sia descritta in modo incompleto è, poi, conseguenza necessaria di tale intento, dovendo lasciare margine di apprezzamento di tale pluralità d'interessi. Né può dirsi che tale impostazione pecchi di formalismo, ravvisandosi discrezionalità soltanto ove essa sia prevista da norma: le norme costituiscono l'unica fonte delle posizioni giuridiche soggettive anche della discrezionalità. (MARENGO, Roberto. **La Discrezionalità del Giudice Civile**. Torino: Giappichelli Editore, 1996. P.55-56)

¹⁹⁵⁰Cuando se habla, por tanto, de "conocimiento del Derecho" debe abordarse el conocimiento de las disposiciones y el de las normas como dos problemas diferentes. Debido a que en los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica las decisiones jurisdiccionales no tienen la consideración de fuente del Derecho "formal", durante mucho tiempo se ha mantenido que el conocimiento de las mismas no es preciso para el del Derecho, pero no es así, como ya se reconoce de modo muy mayoritario. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.134)

¹⁹⁵¹GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.182.

¹⁹⁵²GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.182.

que o direito subjetivo – saturado, diga-se -, dado a ampliação do horizonte interpretativo desvelado pelo fenômeno. Exemplos de flexibilização da congruência são raramente vistos, posto a filosofia liberal aderida ao processo.¹⁹⁵³

Posto que o sentido tradicional do princípio da congruência correlaciona o direito subjetivo com a resposta do juiz, é necessário, nos tempos hodiernos, que o princípio da congruência seja *incongruente*; ou seja, flexibilizado, para que seja possível uma releitura do princípio do *iura novit curia* quanto à criação do direito pelo juiz, que hoje se encontra extremamente limitado pelas fronteiras inflexíveis do princípio da congruência.

O *iura novit curia* tem como princípio auto-delimitador a congruência, porém, na atualidade, não é mais possível sustentar que a decisão jurídica seja marcada apenas pelos limites estabelecidos pela congruência processual, de modo que o princípio deve ser flexibilizado para que assim o *iura* (decisão judicial) consiga efetivamente criar o direito pelo processo. Ao considerar a norma jurídica como o resultado da interpretação das disposições normativas, a verdadeira certeza sobre a norma que regulamenta um determinado comportamento só ocorre uma vez que o órgão judicial se pronuncie sobre ele.

A exemplo, o objeto do processo (mérito) sofre ampla ressignificação, pois é na atualidade aderido a epistemologia constitucional, que amplia a aquisição de direitos na demanda pela via interpretativa, supera o objeto nascido de uma lógica calcada no paradigma científico cartesiano-matemático e constituído em um formalismo positivista que delimita o suporte fático incidindo o mesmo na norma. Essa lógica de pré-existência da norma ao fato se vê como saturação do direito como lei, pois de um lado formaliza os fatos e de outro evidencia a estática legal.

Várias foram as teorias do Direito e do Processo que tentaram desformalizar o formalismo positivista. O fenômeno conflitológico de interesses nasce de uma sociedade que apresenta um sem número de possibilidades que não se encontram determinados legalmente,

¹⁹⁵³Sobre estas cuestiones cabe citar el siguiente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, que expresa: “En rigor, no se verifica incongruencia por exceso (ultra petita) en la hipótesis de resoluciones judiciales que dan acogida a aspectos complementarios o accesorios que están sustancialmente comprendidos en el objeto del debate e implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda... Ello por cuanto el ajuste o concordancia del fallo, con las pretensiones de las partes no ha de ser literal, sino racional y flexible, siendo de postular un criterio hermenéutico de la demanda que permita la resolución integral del conflicto intersubjetivo de intereses sometido a la decisión judicial, siempre que el fallo se adecue al petitum y su soporte fáctico (causa petendi) estando habilitado el juzgador, en la medida que tal actitud no configure violación de las garantías del debido proceso, ni del ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio (lo que se verificará si introdujera oficiosamente cuestiones de hecho por completo extrañas al objeto litigioso) a extender al fallo a las consecuencias lógicas y naturales que se derivan de la demostración de la fundabilidad de la pretensión y de la certeza de los supuestos fácticos que la sustentan (Sentencia 339/2003 de la Suprema Corte de Justicia. **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, t. 1/2005, Ed. FCU, Caso 916 págs. P. 295-296)

deve-se assim a necessidade de superação desse formalismo positivista. A sociedade desprende-se da lei pelo sem número de possibilidades postos aos fenômenos, nasce disso uma gama de fenômenos conflituais de interesses, e não aderem a ele e não catalisam os diversos fenômenos o Estado-Legiferante. Assim o direito precisa absorver tais fenômenos na busca da adaptação existencial dos seres: o Estado-Juiz absorve manifestações fenomênicas para criar Direito Objetivo. O reflexo Processo adere as necessidades e interesses existenciais para uma adaptação existencial é posto junto à formação do objeto do processo com os fenômenos representados como metáforas vivas que formam uma gramática ao caso concreto (adaptação existencial).

6.2 – Da Impossibilidade da Cisão entre Questões de Fato e de Direito

Y si el derecho es lucha, como vimos, entre el hecho y la ley, no se limita a esta lucha, sino que se extiende a su superación.¹⁹⁵⁴

Tradicionalmente, leciona-se que na fundamentação fática da demanda é possível distinguir a alegação de dois tipos de fatos: os constitutivos - juridicamente relevantes – e os fatos que servem para identificar a pretensão e distinguir de outras. Somente o primeiro tipo de fato é fundamento da pretensão e objeto do processo, pois somente ao fato constitutivo o juiz está conectado para que a decisão seja congruente. Assim, a fundamentação do fato constitutivo da demanda é o que integra a *causa petendi*, por ser os fatos alegados que coincidem com o suposto de fato da norma que lhe outorga o direito subjetivo sobre o qual se postula tutela.¹⁹⁵⁵

¹⁹⁵⁴¿Y también la vida? En la realidad de la vida la lucha del hecho con la ley se convierte en la lucha entre el juez y el legislador. Ahora que el- segundo esté arriba y el primero abajo es más apariencia que realidad. En verdad, como el derecho culmina ten el juicio, así el juez termina por juzgar también al legislador. ¡Cuántas veces, sobre todo en los procesos correccionales, mi imaginación colocó delante del juez al legislador al lado del inculpado! Y cuando el legislador no logra disculparse, el juicio acaba con su condena. Hay naturalmente jueces y jueces; no todos tienen hoy el corazón del *praetor* romano; sin embargo, un juicio que no contenga una dosis, grande o pequeña, de corrección de la ley no es frecuente. Esta santa superchería, casi nunca se deja ver porque el juez recurre a la astucia de enmascararla con el juicio histórico: no pudiendo rebelarse a la ley, se rebela a la historia. Así el derecho verdaderamente culmina en el juicio no solamente porque sin juicio no podría la ley obrar sino, más profundamente, porque sólo en el juicio puede componerse la lucha de la ley y del hecho. El legislador tiene las enseñas de soberanía; pero el juez tiene sus llaves. ¡Tan cierto es que la ciencia del derecho no puede reducirse a nomología! (CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1948. P. 61 e 75-76)

¹⁹⁵⁵En definitiva, en la fundamentación fática de la demanda puede distinguirse la alegación de dos tipos de hechos: los hechos constitutivos, es decir, los jurídicamente relevantes por conformar el supuesto de hecho de la norma jurídica alegada por el actor como base de la consecuencia jurídica que pide, y los hechos que sirven para identificar su concreta pretensión y distinguirla de otras próximas (65). Esta distinción suele ser considerada importante porque sólo el primer tipo de hechos es fundamento de la pretensión y objeto del proceso, por lo que sólo a ellos está vinculado el Juez en su decisión para que ésta sea congruente (66). En resumen, el elemento fático de

Ocorre que as disposições não possuem um significado próprio ou correto, ou seja, a determinação com propriedade da classe de fatos que as normas devem possuir para que assim sejam-lhes atribuídas as específicas consequências jurídicas, tão pouco está realizada *a priori*, pois depende dos fatos do caso que serão debatidos no processo.¹⁹⁵⁶ Em resumo, a determinação dos fatos *supera* os fatos constitutivos, pois compreende na interpretação quando da criação do direito.

Doutrina tradicional entende que os fatos devem se separar do direito.¹⁹⁵⁷ Considera-se tradicionalmente que pode distinguir-se do problema as questões jurídicas (*questia iuris*), vinculadas com a premissa maior do silogismo, das questões fáticas do caso (*questio facti*), vinculado com a premissa menor.¹⁹⁵⁸ Essa separação é fulcrada na ideia de que a *questia iuris* e a *questio facti* são dois mundos completamente separados.

É pela qualificação jurídica que mais claramente se põe em manifesto a interrelação entre os fatos do caso e o suposto fato normativo, através de uma operação que determina se os fatos do caso coincidem com os definidos no fato normativo. A qualificação jurídica dos fatos do caso (subsunção) em um suposto fato normativo, pode ser abordado sobre dois pontos: primeiro, como um problema de interpretação das disposições normativas, segundo, como um problema de classificação dos fatos do caso. O primeiro se refere a uma *questio iuris*

la causa petendi está integrado únicamente por los hechos alegados por el actor que coinciden con el supuesto de hecho de la norma que le otorga el derecho subjetivo en que se sustenta la solicitud de tutela judicial y, en consecuencia, sólo a ellos se encuentra vinculado el Juez. Por tanto, la sentencia, para ser congruente con la pretensión, deberá necesariamente pronunciarse sobre ellos. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.55-56)

¹⁹⁵⁶Por lo tanto, la preparación de las premisas del silogismo, la "construcción del caso", se realiza por medio de un diálogo permanente entre los hechos del caso (que, naturalmente, algo tienen que ver en la elección de la disposición normativa considerada aplicable y en la de la norma que es obtenida de ella) y el supuesto de hecho normativo (que condiciona los aspectos factuales del caso jurídicamente relevantes). De esta influencia mutua pueden destacarse, de momento, dos importantes consecuencias: a) La decisión judicial no se limita a constatar la correspondencia entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo (que, en realidad, no existe a priori), sino que la constituye por medio de una concreta interpretación de la parte de la disposición referente a los hechos y de una selección de los hechos del caso relevantes jurídicamente (20) b) En la medida que el supuesto de hecho establecido en la norma jurídica aplicable funciona como criterio de selección de los hechos relevantes para la decisión, a la hora de establecer éstos es decisivo el modo en el que esté formulado el supuesto de hecho. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.73-74)

¹⁹⁵⁷1. Tanto en los escritos del proceso como en la sentencia deben separarse los elementos de hecho de los de Derecho. 2. Los hechos alegados y probados en el proceso vinculan al Juez y debe limitarse a ellos en su sentencia 3. El principio iura novit curia expresa los poderes del Juez en relación únicamente con los materiales jurídicos, no en relación con los hechos. 4. Los hechos alegados deben ser probados para que surtan efectos en la sentencia, mientras que el Derecho es aplicado por el Juez independientemente de su alegación por las partes y no requiere de prueba. 5. El Juez en su sentencia se encuentra vinculado por la causa petendi, en los asuntos civiles, y por la acusación, en los penales. 6. La causa petendi y la acusación están formadas por hechos calificados jurídicamente. 7. El Juez es completamente libre para seleccionar, interpretar y aplicar las normas que considere más adecuadas para resolver el asunto. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.64-65)

¹⁹⁵⁸ GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.69.

(relacionado a interpretação das disposições normativas) e o segundo a uma *quaestio facti* (relacionado a fixação dos fatos do caso).¹⁹⁵⁹ Por isso se afirmar que o juiz não está vinculado com as alegações jurídicas afirmadas pelas partes, mas tão somente com os fatos.¹⁹⁶⁰ Desse modo, no princípio *iura novit curia* o juiz não se encontra conectado com a qualificação jurídica dos fatos efetuada pelas partes, somente pelos fatos alegados, mas somente aqueles tidos como “juridicamente relevantes”. Os fatos alegados condicionam à eleição da disposição aplicável por parte do juiz.¹⁹⁶¹

En definitiva, y para el fin que aquí se persigue, en cualquier norma jurídica pueden identificarse dos elementos (3): (a) La circunstancia o conjunto de circunstancias condicionantes; la definición, por tanto, de la conducta exigida, prohibida o permitida, que suele ser conocida como el *supuesto de hecho* de la norma. (b) La *consecuencia jurídica* prevista para la conducta definida.¹⁹⁶²

Para alguns, o brocardo *iura novit curia* significa “elasticidade processual”, na medida em que *adequa as formas processuais* quando a pretensão não é suficiente e nem idoneamente posta.¹⁹⁶³ Nesse sentido, aporta-se que o *iura novit curia* a separação entre questões de fato e

¹⁹⁵⁹Unas veces, se dice, el Juez parte de los hechos del caso y, a partir de ellos, selecciona la norma jurídica que los contempla, lo que le permite calificarlos jurídicamente; mientras que otras se afirma que el Juez primero elige la norma jurídica a aplicar y luego indaga si se cumple-el supuesto de hecho, realizando la calificación jurídica en caso afirmativo. Dicho llanamente: qué fue primero, el huevo (los hechos) o la gallina (la norma). (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.81-82)

¹⁹⁶⁰En la medida que, como se acaba de decir, el elemento fáctico de la causa petendi está formado por hechos calificados jurídicamente y que éstos deben ser respetados por el Juez en su decisión para no incurrir en incongruencia, se plantea el problema de determinar si la vinculación del órgano jurisdiccional es a los puros hechos históricos alegados **por las partes** o también a su calificación jurídica. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.56-57)

¹⁹⁶¹GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.84-85.

¹⁹⁶²GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.67.

¹⁹⁶³Planteémonos inicialmente qué es el principio de elasticidad. Una primera definición del mismo, en su concepción inicial, nos va a referir la “adecuación de las formas procesales”. Aquí encontramos una manifestación de interpretación extensiva, en la medida que si la pretensión no es suficiente ni idóneamente planteada, el juez, al decidir el derecho que corresponda a la causa, habrá de reconducir la decisión invocando la norma que correctamente corresponda al caso en cuestión. Así, evitamos que una pretensión sea desestimada de plano o en decisión de fondo, simplemente porque no se produjo la invocación de la base legal respectiva. En su versión procesal clásica, el juez definirá la pretensión de acuerdo al derecho que corresponda aplicar al caso, con lo cual la identificación con el principio *iura novit curia* es más que cercana. Si la tesis de la demanda no invoca correctamente los fundamentos de derecho que sustentan la pretensión, o si se produce una interpretación normativa o fáctica que no constituye respuesta razonable al espíritu de la ley, el juzgador, en actitud cognoscitiva respecto de la prueba aportada y del derecho que concierne a la parte solicitante, emitirá decisión sobre el fondo del asunto aplicando el derecho que corresponda. GUTARRA, Edwin Figueroa. Rompiendo a la Congruencia Procesal: Apuntes acerca del Principio de Elasticidad en sede Constitucional. **Gaceta Constitucional**, tomo 28, 2010, Pp.121-142)

de direito é relevante por que o princípio somente se aplica com o que tange ao direito, porém não enquanto fatos.¹⁹⁶⁴

Quando a separação entre fatos e direito não é tão severa no Processo, o *iura novit curia* desempenha um papel que deve ser repensado.¹⁹⁶⁵ As atribuições das partes no processo e na decisão são mais amplas^{1966,1967} do que é tradicionalmente vinculado pelo brocardo *iura novit curia*, já que a função própria do juiz não se limita a eleição e emprego dos materiais jurídicos, mas também com uma importante influência sobre os elementos de fato. Isso não implica que o juiz seja dono de todos os aspectos do processo, dado que os fatos alegados pelas partes exercem inegável influencia na seleção da norma jurídica aplicável e na transformação dos fatos do caso (com relação ao afirmado fato normativo).¹⁹⁶⁸

¹⁹⁶⁴GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.86.

¹⁹⁶⁵Por ejemplo, según se ha visto, la causa petendi en el proceso civil y la acusación en el penal, están compuestas de hechos pero calificados jurídicamente. Cuando se afirma que el Juez puede alterar esta última, pero sin modificar los hechos del caso, no se comprende demasiado bien hasta dónde llegan los poderes que al Juez le asigna el principio *iura novit curia* y dónde están los límites a éste. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.87)

¹⁹⁶⁶En la practica judicial es frecuente advertir estos casos, a modo de ejemplo, supongamos el inicio de un proceso de indemnización por responsabilidad extracontractual, en el que la parte demandante demostró con el material probatorio ofrecido, la existencia de los daños causados con un bien específico y la existencia de una relación de causalidad, pero la parte demandada, demostró que el daño cometido fue realizado sin culpa alguna. En este caso al parecer la demandada en el caso hipotético, podría sentirse victoriosa al haber desvirtuado uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, no podría condenarse al pago de una suma de dinero como reparación. Sin embargo, pese a lo discutido por las partes, supongamos que el Juez considere que la norma aplicable es una distinta, que determina que la responsabilidad, en el caso concreto, es objetiva, y por lo tanto, no es necesario que se demuestre la culpa del causante del daño. (ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p.p.36-37)

¹⁹⁶⁷ Siendo el Juez, director del proceso y habiéndosele conferido para el ejercicio de sus funciones herramientas procesales que le permitan hacer eficaz el servicio de justicia y considerando el principio *iura Novit Curia*, una de esas herramientas al haberle otorgado los ordenamientos citados en el acápite anterior el rango de principios generales, deberá aplicar este principio a lo largo del proceso y no únicamente al pronunciar sentencia, como muchas veces ha señalado la doctrina. Otra oportunidad para aplicar el aforismo, es al momento de sanear el proceso, dado que el Juez vuelve a revisar, a reexaminar la relación instaurada, de advertir que de los hechos emana un derecho diferente al pretendido, deberá proceder a su corrección. Es común que se haga uso del *iura Novit Curia*, al momento de expedir sentencia, toda vez que es en dicho momento en que el Juez deberá subsumir los hechos expuestos a una norma jurídica determinada; sin embargo, cabe la posibilidad que no obstante las herramientas procesales que tiene a su alcance, corrobore recién en ese momento la existencia de error en la alegación del derecho. Entonces, el Juez deberá hacer uso del aforismo, siempre y cuando al aplicar la norma correcta, no afecte el objeto de la pretensión demandada, debiendo además verificar si los hechos de cual emana el derecho correcto, han sido materia de debate y de prueba (en las etapas correspondientes, esto es, al contestar la demanda y en el desarrollo de las audiencias respectiva), que le permita hacer eficaz el servicio de justicia. (ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p. P.32-33)

¹⁹⁶⁸GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.87.

6.2.1 - A Teoria do Fato Jurídico como Cisão entre Suporte Fático (fato) e Norma (direito)

A ciência do direito ainda não superou a exegese e o método histórico dogmático¹⁹⁶⁹, impostos pelo positivismo jurídico, o qual ganhou, com o passar do tempo, as mais diversas máscaras e formas: no tocante à aplicação do direito, ainda passa a operar o Estado-Juiz o silogismo que adere a lei ao fato. Essa realidade faz com que se reconheça que “...*esiste una vera e propria vocazione del nostro tempo a vivere senza il diritto*,”¹⁹⁷⁰, pois não pode ser considerado “direito”, pois o direito não se limita às normas formalmente válidas.

Esta já ultrapassada consideração da ciência do direito, perpassada ao direito como lei, faz com que o direito coloque o julgador como um andante em um deserto amarelo anacrônico: efeito considerado como *saturação da lei*. O julgador que anda imerso ao amarelo anacrônico em um imensurável deserto, faz imperativo perguntar *porque o julgador incide a regra ao fato*; ou *porque ainda vivemos em um positivismo científico* que faz com que julgador busque, nessa saturação textos legais, amorfos pela estática, que não vem a acompanhar os dinâmicos fenômenos dos contextos sociais, as respostas para todos os conflitos da vida? Ou, de outro lado, que procure em seus próprios julgamentos valorativos - filosofia da consciência - a resposta para problemas jurídicos? - ao fato da doutrina atribuir a valoração ao fato fora da moldura a partir de valorações extrínsecas com base em critérios de caráter moral e social.¹⁹⁷¹

Sob essa textura da Teoria do Fato Jurídico amalgamou-se, em um primeiro momento, o direito pré-moderno, que é um direito não sujeito a transformações. Toda a realidade resultava

¹⁹⁶⁹A mudança do método exegético para o método histórico-dogmático [...], especialmente no primeiro volume, já se encontra afirmado o princípio da unidade da jurisdição e da natureza pública do processo; um ensaio da luz que pode chegar à interpretação dos institutos processuais vigentes desde a investigação histórica, já havia sido proporcionado por Carlo Lessona, com seu *Trattato delle prove civili* (primeira edição de 1894, terceira edição de 1914); e a preparação, atualmente alcançada, da ciência italiana para empreender a reelaboração sistemática do direito processual seguindo o exemplo da doutrina alemã, afluía já nos escritos; de estudos que precederam imediatamente a Chiovenda, como Antônio Castellari, ou que foram quase seus contemporâneos, como Frederico Cammeo, autor do *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa* (1911) e Alfredo Rocco, autor de uma monografia fundamental sobre a *Sentenza civile* (1906). (CALAMANDREI, Pietro. **Estudos de Direito Processual na Itália**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. P. 12-13)

¹⁹⁷⁰La sua osservazione lo porta a riconoscere che esiste una vera e propria vocazione del nostro tempo a vivere senza il diritto, se pure questa tendenza, entro certi limiti, non risponda a un'esigenza dell'animo umano, del che sarebbe qui troppo lungo dare l'allettante dimostrazione. Ma questa osservazione della realtà non genera in lui alcun pessimismo: a lui basta di poter dire che questi ordinamenti, anche se si concretano in norme formalmente valide, non sono diritto. La loro insistente pretesa di essere diritto non può essere accolta che come un omaggio fatto al diritto, col riconoscimento implicito della perenne giuridicità dell'umano rapporto. (SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.90)

¹⁹⁷¹Il torto della dottrina è per me un altro, ed è di non essersi accorta che essa equivocava sul concetto di valore al quale attribuiva il significato di valutazione, e cioè di un giudizio fatto necessariamente ab extrinseco, in base a criteri più o meno opinabili di carattere politico morale e sociale; mentre invece il valore, se c'è, è intrinseco al diritto, è proprio il suo essere diritto, e non può come tale risolversi nella mera validità formale di una norma estrinsecamente posta. (SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.89)

uma emancipação não modificável e não ordenável segundo critério funcional da vida do indivíduo. Em um segundo momento, surge o direito moderno, que se apresenta como novíssimo mecanismo da realidade, apregoado à razão, a qual detém princípios a serem seguidos, sendo eles: racionalidade, vontade e normalidade. Reflexo do movimento moderno Iluminista, que rende o visível ao comportamento fenomênico do indivíduo, essa cena representa muito bem o andar sob o amarelo desértico.¹⁹⁷²

A ideia de Estado inaugura uma nova fase de consideração do direito, na medida em que passa consideraá-lo como elemento do pacto que os cidadãos estabelecem para viver as diferenças – o liberalismo é uma das muitas propostas ao pluralismo – e sua principal preocupação é o *consenso* político, com vistas à ignorar os conflitos e trata-los como enfermidade.¹⁹⁷³ O direito que o Estado reconhece, salienta-se, está do lado do indivíduo, e não do grupo. Assim, o direito se torna uma fonte de proteção, de amparo, ao indivíduo, frente a qualquer forma de *arbitrariedade* “... *lo que hace posible que en las sociedades contemporáneas se hable de derechos civiles, humanos, étnicos y de todo tipo.*”¹⁹⁷⁴

Da complexidade da relação sujeito-objeto no conhecimento nasce a *Angústia Cartesiana-Mecanicista*¹⁹⁷⁵ em razão da ciência ter se calcado na oposição da complexidade entre sujeito-objeto, impregnando-se de forma carníface no racionalismo. Este, por seu turno, tem como seu centro-universal a razão fechada, que reside na busca incessante pela verdade, e esta verdade vem a cimentar-se em um mundo externo e outro interno da mente, que apresenta

¹⁹⁷²RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. **II Diritto Possibile**. Funzioni e Prospettive del médium giuridico. P. 10-11 e 30-31.

¹⁹⁷³ Ya no se trata de obedecer el mandato del soberano: se trata de acatar la Ley como elemento constitutivo del pacto que los ciudadanos establecen para poder vivir en la diferencia. En este sentido, el liberalismo representa una, de las muchas, propuestas que buscan responder al desafío del pluralismo. Su principal preocupación la constituye el consenso político básico que asegura que todos los ciudadanos con iguales libertades, con independencia de su origen cultural, convicciones religiosas y formas individuales de vida, tengan oportunidades para el desarrollo de un proyecto de vida autodeterminado. ¿Qué significa esto? Que la autodeterminación, la posibilidad de autoentendimiento de las acciones propias, es lo que da pie a la posibilidad de la justicia em un contexto en donde las diferencias nos separan profundamente. Nos encontramos frente a la apuesta ilustrada de la autonomía individual que, como ya lo he dicho, emerge como una abstracción que hace posible el derecho. (TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofia)

¹⁹⁷⁴ TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofia.P.18.

¹⁹⁷⁵El nerviosismo que sentimos está arraigado en lo que, siguiendo a Richard Bernstein, podemos llamar "la angustia cartesiana". 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, Francisco J. THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997. P. 169)

dois mundos opostos: de um lado encontra-se o subjetivo e de outro o objetivo (note-se aqui seu maior problema), pois muito além desta insigne verdade construída existe um vasto oceano de obscuridade e de confusão apregoando-se mais do que naturalmente há ilusão em que vem a residir tal angústia. Neste sentido colaciona-se o ensinado por VARELA, que:

*Esta sensación de angustia nace del afán de un fundamento absoluto. Cuando este afán no se satisface, la única otra posibilidad parece ser el nihilismo o la anarquía. La búsqueda de cimientos puede cobrar muchas formas —un tema al que volveremos luego— pero, dada la lógica básica del representacionismo, la tendencia es buscar un cimiento externo en el mundo o un cimiento interno en la mente. Al tratar la mente y el mundo como polos opuestos, subjetivo y objetivo, la angustia cartesiana oscila sin cesar entre los dos en busca de tierra firme. (...) Esta melancolía surge pues de la angustia cartesiana y su ideal de la mente como espejo de la naturaleza. De acuerdo con este ideal, el conocimiento debe abordar un mundo independiente y predado, y este conocimiento se debe alcanzar en la precisión de una representación. Cuando no se puede satisfacer este ideal, reanudamos la búsqueda de un cimiento interno. Este vaivén es manifiesto en Minsky, cuando dice que todo lo que decimos es expresión de nuestras creencias. Decir que aquello que pensamos es sólo una cuestión de representación subjetiva es precisamente recaer en la idea de un cimiento interno, un solitario yo cartesiano parapetado en la intimidad de sus representaciones. Este giro resulta especialmente irónico, pues Minsky no cree que exista un yo que pudiera servir como cimiento interno. El empantanamiento de Minsky en la angustia cartesiana, pues, no sólo exige que creamos en un yo que sabemos inhallable, sino que creamos en un mundo al cual no tenemos acceso. Una vez más, la lógica de ese dilema conduce inevitablemente al nihilismo.*¹⁹⁷⁶ (g.n)

Notavelmente a angústia cartesiana-mecanicista do século XIX construiu o mundo tal como ele é, mas devido à complexidade do mundo atual (apresentada pelos mais diversos fatores: a globalização, e a ambição e crença desmedida pelos poderes da tecnologia^{1977, 1978})

¹⁹⁷⁶Es importante advertir que esta oposición entre sujeto y objeto no está dada de antemano; es una idea que pertenece a la historia humana de la mente y la naturaleza que mencionamos en el capítulo. Por ejemplo, antes de Descartes, el término "idea" se usaba sólo para el contenido de la mente de Dios; Descartes fue uno de los primeros en tomar este término y aplicarlo al funcionamiento de la mente humana. Este desplazamiento lingüístico y conceptual es un aspecto de lo que Richard Rorty describe como la "invención de la mente como espejo de la naturaleza", un invento que fue el resultado de amalgamar imágenes, concepciones y usos lingüísticos heterogéneos. Estas raíces cartesianas se vuelven muy obvias cuando tenemos razones para dudar que la metáfora del espejo sea atinada. Cuando partimos en busca de otros modos de pensamiento, la angustia cartesiana nos acecha a cada paso. Pero nuestra situación contemporánea es además singular, pues somos cada vez más escépticos acerca de la posibilidad de discernir un fundamento último. (VARELA, FRANCIS THOMPSON, EVAN. ROSCH, ELEANOR. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997. P. 169-170 e 171-172)

¹⁹⁷⁷La 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, Humberto. **La Objetividad**. Un Argumento para Obligar. Santiago de Chile: Dolmen, 1997. P. 136)

¹⁹⁷⁸Por onde podemos começar um estudo sobre ciência e tecnologia? A escolha de uma porta de entrada depende crucialmente da escolha do momento certo. Em 1985, em Paris, John Whittaker consegue "belas figuras" do DNA numa "boa máquina". Em 1951, em Cambridge, Watson e Crick estão lutando para definir uma forma para o DNA que seja compatível com as imagens que tinham visto de relance no gabinete de Wilkins. Em 1980, no subsolo de um prédio, outra equipe de pesquisadores está brigando para por um novo computador em funcionamento e alcançar a DEC. Qual o significado desses flashbacks, para usar um jargão do mundo do cinema? Eles nos levam de volta no tempo e no espaço. Quando usamos essa máquina do tempo, o DNA deixa de ter uma forma característica passível de ser mostrada numa tela por programas de computador. Quanto aos computadores, eles

este apresenta uma singularidade prolixa¹⁹⁷⁹ em trânsito para outras formas de sensibilidade e de razão¹⁹⁸⁰, tendo como marco as descobertas expostas pela física quântica, passam a influenciar diretamente a ciência como um todo e por consequência lógica a racionalidade centrada na razão que lhe fundamenta, e que lhe dá validez e significação, pois a ciência encontra-se cada vez mais asséptica acerca de enxergar um fundamento último¹⁹⁸¹.

A cisão do mundo dos fatos ao mundo jurídico posto em relevo pela Teoria do Fato Jurídico acata que o *fato jurídico* é todo o ato humano ou acontecimento natural juridicamente relevante, que tem por fito gerar efeitos jurídicos, efeitos esses que consistem fundamentalmente numa *aquisição*, numa *modificação* ou numa *extinção* de relações jurídicas. Saliente-se que diferente dos fatos jurídicos são os fatos sociais ou naturais, os quais não interessam ao direito que preexiste; isto é, desprovidos de qualquer eficácia jurídica.

nem sequer existem. Ainda não estão "chovendo" centenas de sequências de ácido nucléico a cada ano. Nenhuma sequer é conhecida, e até a noção de sequência é duvidosa, uma vez que na época muita gente ainda não sabe com certeza se o DNA desempenha algum papel importante na transmissão de material genético de uma geração para outra. Já por duas vezes Watson e Crick haviam anunciado com orgulho a resolução do enigma, e nas duas vezes o seu modelo tinha dado em nada. Quanto a "boa máquina" Eagle, o flashback nos leva de volta a um momento em que ela ainda não consegue executar programa algum. Em vez de peça comum do equipamento, que John Whittaker pode ligar quando quiser, ela não passa de uma montagem desorganizada de cabos e chips monitorada por outros dois computadores e rodeada por dezenas de engenheiros que tentam fazê-la funcionar de modo confiável por mais de alguns segundos. Ninguém da equipe sabe ainda se aquele projeto por acaso não vai ser outro malogro completo, como o computador no qual haviam trabalhado durante anos e que, conforme diziam, fora assassinado pela gerencia. No projeto de pesquisa de Whittaker muitas coisas ainda permanecem em aberto. Ele não sabe por quanto tempo vai ficar ali, se sua bolsa vai ser renovada, se algum programa seu poderá lidar com milhões de pares de bases e compará-las de alguma forma biologicamente significativa. Mas há pelo menos dois elementos que não lhe criam problemas: a forma de dupla hélice do DNA e seu computador da Data General. Aquilo que para Watson e Crick representou o foco problemático de um feroz desafio, valendo-lhes então um premio Nobel, agora constitui o dogma básico de seu programa, embutido em milhares de linhas de sua listagem. E a máquina que fez a equipe de West trabalhar dia e noite durante anos a fio agora zune mansamente naquele escritório, sem criar mais problemas que qualquer outra peça do seu mobiliário, Para maior garantia, o encarregado de manutenção da Data General dá uma passadinha por lá toda semana para acertar alguns probleminhas, mas nem ele nem John precisam vistoriar todo o computador de novo e forçar a companhia a desenvolver uma nova linha de produtos. Whittaker também está bem consciente dos muitos problemas que rondam o Dogma Básico da biologia (Crick, agora um idoso cavalheiro, deu uma conferencia sobre o assunto no Instituto, há algumas semanas), mas nem John nem seu chefe precisam repensar inteiramente a forma da dupla hélice ou estabelecer um novo dogma. (LATOURE, Bruno. **Ciência em Ação**. Como seguir Cientistas e Engenheiros Sociedade Afóra. São Paulo: Editora Unesp, 2000. P. 12-14)

¹⁹⁷⁹VARELA, Francisco J. THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997. P. 169-170.

¹⁹⁸⁰WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**: A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

¹⁹⁸¹VARELA, Francisco J. THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997. P. 169-170.

Os fatos que não interessam ao direito, são fatos *materiais - ajurídicos*, neutrais do ponto de vista do ordenamento jurídico. Em conclusão, nem todos os fatos reais ou sociais são, portanto, fatos jurídicos.^{1982, 1983, 1984, 1985}

A *teoria do fato jurídico* viabiliza-se pelo acoplamento do suporte fático junto ao que lhe é descrito conceitualmente pela regra jurídica. A regra jurídica, incide sobre os fatos, qualifica-os como jurídicos, juridiciza-os, dá-lhes a cor jurídica, assinala-os. É assim, destina ao regramento das relações inter-humanas, mediante as ligações entre pessoas. A regra jurídica, incidindo sobre o suporte fático, faz jurídico o fato.¹⁹⁸⁶ O suporte fático é o que acontece no mundo fenomênico; mundo amplamente complexo, com possibilidades ilimitadas – que não devem ser limitadas pelo suporte fático.

O horizonte criado ao andar sob o amarelo desertificado da Ciência Jurídica estuda os fatos sem paixão, pois os considera unicamente em suas relações com o direito. Lança julgamento severo sobre as leis, mas tão julgamento não concerne senão à técnica das instituições e das regras, usa termos em que o sentido é fixado por um longo passado e goza de uma experiência dos fatos humanos adquirida e transmitida durante séculos¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸²PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. P. 335 e 359.

¹⁹⁸³Hechos jurídicos. En la infinita variedad de los hechos, unos son jurídicamente relevantes y otros no. Aquéllos se denominan hechos jurídicos. Estos se llaman simplemente hechos o bien hechos no jurídicos. Por relevancia jurídica se entiende el dar lugar a consecuencias o efectos jurídicos. Se puede, pues, definir el hecho jurídico como todo acontecimiento o estado —en general, todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos)— al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el Derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese Derecho objetivo. (ALBALADEJO, Manuel. **Derecho Civil I**. Introducción y Parte General. 15ª ed. Barcelona: Bosch, 2002. P. 553)

¹⁹⁸⁴Spesso i fatti presi in considerazione dalle norme per ricollegarvi conseguenze giuridiche sono fatti già qualificati legalmente, quali, ad es., il contratto, il matrimonio, la sentenza, ovvero le deliberazioni assunte nell'ambito di una seduta parlamentare o di un'assemblea di azionisti di una società. La giuridicità di un fatto, dunque, non dipende mai da caratteristiche intrinseche di quell'avvenimento, bensì soltanto dalla circostanza estrinseca che da quell'evento derivi, in forza di una norma giuridica che lo disponga, un effetto giuridico. (TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di Diritto Privato**. 19ª ed. Milano: Giffré, 2009. P. 194)

¹⁹⁸⁵Llamo hechos jurídicos los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Así, todos estos hechos tienen por carácter común entrar con el tiempo un cambio de las relaciones de derecho entre personas determinadas. Mas en el seno de dicha naturaleza común existen numerosas diferencias: voy á examinar las principales señalando los elementos cuya importancia ha de exigirnos una exposición especial y minuciosa. 1. Los hechos jurídicos son positivos ó negativos, según que sea indispensable la realización ó la omisión de un acto para que el derecho comience ó termine. De estas dos clases la primera es sin duda alguna la más numerosa é importante. 2. Segun lo que precede, los hechos jurídicos llevan en sí como resultado el notar el principio o el fin de las relaciones jurídicas. Sin embargo, muchos de ellos, y de los mil sim factos, no llresentan exclusivamente el uno ó el otro de estos caracteres, sino que ofrecen una mezcla de ambos. Tal resultado mixto se encuentra en la transformación ó metamorfosis de las relaciones de derecho; porque entonces el hecho jurídico destruye la antigua relación y engendra una nueva. (SABIGNY, M. F. C. de. **Sistema del Derecho Romano**. Tomo II. Madrid: Gongorna y Compañía, 1878. P. 149-150)

¹⁹⁸⁶MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. P. 129 e 78.

¹⁹⁸⁷RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. P. 10.

As falhas da aplicação exegética do direito, que anda sob o amarelo anacrônico, são nítidas, cujas consequências retêm as demais possibilidades apresentadas pelos horizontes viabilizados por contextos apresentados pelo caso concreto, horizontes que são vias alcançadas por um andar sob a luz manifesta do céu pela interpretação hermenêutica. Essa luz manifesta faz com que se repense o direito frente ao Ativismo Judicial e outorgue-se à hermenêutica fenomenológica como via de ampliação do direito pelo caso concreto. Supera-se assim o anacronismo textual pela manifestação de luz de sentidos do contexto que dá movimento e ação ao texto.

There is no point in studying law in depth! The relationship between appearances and reality, which is so important in science, politics, religion and even art, is meaningless here: appearances are everything, the content is nothing. This is what makes law so difficult to comment on for the other professions intoxicated by their desire for depth. It can be seen very clearly in a few public disputes in which the Council was involved during the summer of 2000: as soon as it had banned the morning-after pill, the newspapers, over-interpreting their motives, immediately accused the counsellors of having bad intentions; they were criticized for taking civil society's place by censoring morals. The legal truth is so light, so flat, that it cannot be grasped by minds that want to get to the bottom of things. Nothing but surface, nothing but filaments, nothing but laces; just the links that move fast and move straight and tangle us up, hold us and protect us – provided that they remain at the surface, that they engage us lightly, that we ourselves remain at the surface, hardly engaged, so as to be able to monitor and interpret them. Here the ethnographer feels despondent: will he ever be superficial enough to grasp the strength of the law? ¹⁹⁸⁸

Na contemporaneidade, o declínio do modelo burocrático de juízes possui conexão direta com a crise do legalismo. A dificuldade reside no ponto de que a crescente complexidade, cujo ordenamento jurídico enfrenta, implica o uso cada vez maior de ferramentas que dão maior vazão à interpretação: isso implica na existência de um juiz com responsabilidade significativa pelo funcionamento da ordem jurídica, superando assim o *juz-funcionário público*.¹⁹⁸⁹ A crise do juiz, nesse sentido, está conectada diretamente com a *crise do processo*: “ *La prima è dal basso in alto: il giudice è considerato al centro del rapporto giudiziale, come investito di un*

¹⁹⁸⁸LATOUR, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010. P.265-266.

¹⁹⁸⁹Pour conclure, le déclin du modèle bureaucratique de juge est intimement lié à la crise du légalisme. Soit dit en passant, cela ne signifie pas nécessairement une crise du normativisme, et encore moins du positivisme. Croire qu'il n'y a pas d'autre droit que le droit positif (positivisme) ou que ce dernier est fondamentalement composé de normes (normativisme) ne conduit pas nécessairement à penser que ces normes positives ne peuvent être que d'origine légale (légalisme). Au contraire et avant tout, positivisme et normativisme sont compatibles avec des formes extra législatives de création du droit, telles que la coutume ou le précédent judiciaire. La difficulté réside dans le fait que la complexité sociale croissante à laquelle doit faire face l'ordre juridique, implique l'utilisation chaque fois plus grande d'outils tels que des concepts indéterminés, des clauses ouvertes et des principes généraux. Cela implique qu'un juge ayant une responsabilité importante dans le fonctionnement de l'ordre juridique, soit capable de manipuler correctement ces outils. Autant dire que dans cette perspective, le juge anglo-saxon est beaucoup mieux loti que le juge-fonctionnaire. (DÍEZ-PICAZO, Luís María. La fonction juridictionnelle. **InDret**, vol.1, Pp.1-18, Março 2009. P. 17)

potere nei confronti di altri soggetti; la seconda è dall'alto in basso: il giudice è considerato in assoluto, nella sua funzione del giudicare: egli sta solo di fronte al diritto."¹⁹⁹⁰

A possibilidade de uma interpretação do contexto, viabilizado pelo caso concreto através da Hermenêutica Jurídica de cunho Filosófico, assim reconhecendo o Poder Judiciário como criador do direito é a via para superação do anacronismo. O direito é a regra do comportamento humano, o que pressupõe o comportamento humano não como um fato bruto que um legislador opera sem limite que a própria legitimação formal. O fato humano é o próprio direito, próprio por sua intrínseca normatividade.¹⁹⁹¹

Os fenômenos da existência¹⁹⁹², por outro lado, se dão fenomenologicamente, através de um sem número de possibilidades, quando o julgador olha para a luz manifesta do céu que põe cores ao existir em um oásis desocultado pela compreensão: os fenômenos postos ao julgador aderem sentidos novos à interpretação judicial que se projeta em novas possibilidades para que seja possível a adaptação existencial dos seres em suas pluralidades.¹⁹⁹³

¹⁹⁹⁰SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004. P.62.

¹⁹⁹¹Ora, che questo valore ci sia, cioè che il diritto esista e quindi non si riduca a un complesso di mutevoli norme, si dimostra a mio avviso, osservando che se il diritto è la regola del rapporto umano – proportio hominis ad hominem – esso presuppone il rapporto umano non come fatto bruto, sul quale un capriccioso legislatore opera senz'altro limite che quello della propria legittimazione formale, ma come fatto normativo esso stesso. Il rapporto umano è "diritto" (l'aggettivo si fa sostantivo e il sostantivo aggettivo) proprio per la sua intrinseca normatività. È diritto e più semplicemente si può dire è, perché il diritto si risolve nell'essere del rapporto umano, onde procede poi il dover essere della norma. Se questo è vero, si chiariscono i rapporti tra diritto e norma. Nel vasto quadro della organizzazione statale, noi siamo avvezzi a considerare questi due termini in rapporto causale, a pensare cioè la norma come una regola di condotta generale e astratta che ha la sua fonte nella legge, e il diritto, detto appunto positivo, come la risultante del complesso di queste norme. Si può e si deve ammettere tutto questo: ma solo ad un patto, che non si dimentichi che il rapporto umano nella sua concretezza è esso stesso norma, e quindi diritto e norma stanno originariamente ed essenzialmente non in relazione causale, ma in relazione di identità. Senza la normatività del rapporto, il diritto positivo stesso sarebbe inspiegabile: o meglio esso si ridurrebbe a una serie di comandi, solo formalmente validi, come del resto è stato ritenuto, cioè verrebbe a negarsi il diritto come una delle grandi componenti della vita umana.(SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.90)

¹⁹⁹²La cultura popular que se expresa a través del flamenco procede así, mediante un complejo juego de metáforas entreveradas, a una inversión radical de los valores dominantes y su manera de entender el saber y el conocimiento. En particular, se invierte la identificación de lo valioso con lo superior y lo no valioso con lo inferior (ya se entienda el par superior/inferior en términos sociales o corporales), se invierte el elogio de las Luces y la denigración de las sombras (las de la superstición o la ignorancia con que suelen identificarse los saberes no académicos), se invierte la situación, la condición y el sexo del sujeto del saber... Y, más allá de toda negación, se afirma —incluso con arrogancia— la verdad de los márgenes: "El flamenco —sentencia Rancapino— se canta con faltas de ortografía. (LIZCANO, Emmánuel. **Metáforas que nos piensan**: Sobre ciencia, democracia y otras poderosas ficciones. Madrid: Ediciones Bajo Cero, 2006.P. 106-107)

¹⁹⁹³E o céu? Como poder-se-ia apontar um remédio eficaz para este reclusão colorido, sem o propor mais que uma capa do ardente cobalto, uma vez que resulta impossível olhar de frente? O que obriga a nosso caminhante a inclinar sua cabeça para o chão, sempre e cada vez mais, da cor crú (crudo)? Em certo momento, sem embargo, o homem fatigado se da conta de que algo desenvolveu-se: a textura da arena já não é a mesma; agora surgem penhascos, um gris cinza, uma imensa tira roxa há ocupado a paisagem. Quando há evoluído aquilo? Desde quando a montanha está diante de mim? Não se sabe. Imagina as vezes que o marco da monocromia, o limite entre opressivo amarelo e o gris-amarelo de agora; foi arrastado pelo vento, signo táctil de uma passagem (passagem). Signo que talvez assinala a borda de um horizonte de corres. O signo de que é o deserto, o único que viver e se move baixo aos pés; assim seria a experiência. Não cria nem uma obra de arte. Não veremos nada do que foi visto. Não ha objeto-reliquia. Não o são mais que algumas palavras, algumas frases violentadas de um livro titulado

Na atualidade a produção científica do direito não apresentam grandes evoluções quanto sua elaboração e formulação, pois mantém racionalizando com base no paradigma científico cartesiano, este ostracismo perpassa e invade em sua amplitude a formação de uma Teoria dos Fatos Jurídicos, e isso como alerta: estaciona sua racionalidade a partir do da decantação do mundo ao mundo jurídico pelo que possa se construir socialmente como *habitus*¹⁹⁹⁴, que de tal

como Êxodo, e consagrado a esta ausência, que o lugar incluía em si mesmo, algo assim como um culto. Sem dúvida, não há necessidade de um deserto para que provemos esta essencial coação sobre nossos desejos e angústia, nosso pensamento, nossa dor, que é portanto nossa ausência. Pois, o deserto – espaçoço, vaicado, monocromo, constitui sem dúvida o lugar visual mais apropriado para reconhecer a esta ausência como algo infinitamente poderoso, soberano. Mais mesmo, constitui sem dúvida o lugar imaginário mais apropriado para crer que esta ausência se manifesta como uma pessoa, como um nome próprio – impronunciável o pronunciados incessantemente -. E mais, mesmo toda via que constitui sem dúvida o lugar simbólico mais apropriado para conceber a antiguidade de uma lei e de uma passada aliança com o ausente. Isto é, o que nos conta o Êxodo. O Ausente floresce aí do deserto – do desejo, aí adquire nome, aí se fica com ciúmes, ou muito furioso, o incluso benevolente. Não é já o despovoado, sim o divino, o unicriador. Não e o ausente como tal senão o desejado, o eminente, o pronto presente. Na imensidade desértica encontrará seu lugar: a partir de agora se situará diante deste homem que anda e que que encontrar nele – o ausente, o deus, um objeto único para todos seus desejos. E aqui pôs-se por que o homem havia aceitado tao facilmente a absurda prova de andar sem fim: fazia uma caminhada inventiva, ou melhro, caminahndo fazia o oásis de um dialogo, de uma lei, de uma aliança de finitude que estabelecer. Então, as aguas salgadas poderiam adoçar-se pelo bastão de Moises. O Ausente, lá pela frente com maiúscula, fascina e alimenta a seu povo: uma capa de pulverizando ao amanhecer deixará aparecer a superfície granulosa e coagulada de uma doação de alimentos. Choverá pão, os pássaros cobrirão a arena amarela, a agua brotará de um penhasco. O homem que anda se atreverá a levantar os olhos para cima ao céu, de frente, fazia a montanha, e vera ao Ausente. Ao fim. Recapitule-se: havia um lugar desertificado – o tema real de meu apólogo – e um homem que andava por alí, em ausência de tudo, com a única evidencia de uma cor amarela o gris, obedecian ao soberano. Em um determinado momento a ausência seca torna-se um nome, e o homem decide acordar uma aliança, em ponte com o Ausente. O livro conta que antes foi necessário manterser a distancia tanto das mulheres como das montanhas – lugares próprios da aliança. Lugares por excelência aonde a alteridade chega a abraçar ao homem – e que aquele foi tocado, aun solo no ribete do vestido, havia sido lapidado até a morte. A continuação o mito nos conta a aparição de deus: episodio de especial condição vulcânica, composto de relâmpagos e obscuros nubarrones, de fogos e humaredas escapadas do Sinais em meio de inconcebíveis rumores. De imediato – e não fortuitamente – o Decálogo prescreve – não esculpir nenhuma imagem, nada que se assemelhe ao que esta nos céus, à cima, o sobre a terra, aqui abaixo, o na agua, baixo a terra. O paradoxo reside mais bem no fato de que este homem errante no deserto, sem nada ao que ancorado, Deus lhe impõe como condição para sua aliança a forma de uma imensa proporção arquetônica; deverá construir altares de terra, um Arca, um altar de oferendas, um candelabro, um Tabernáculo com suas cortinas, sua cobertura, sua armação, sua piscina ritual, seu trio... E tudo isso lhe concebe Moises gravando palavras definitivas e compartilhando o sangue de seu sacrificio: a metade da propagação sobre o altar de Deus – mesa monocroma, roxa, vazia de imagens -, a outra metade derramada sobre o povo. Unção divina, sinal de aliança. Concluída a aliança (em hebreu se diz: a aliança zanjada, posto que acorda de uma aliança com o Ausente nos arrebatado algo, nos deixa vazios, nos priva e nos marca), aos homem só lhes resta retornar ao deserto. Assim, pois, de novo, andam diante da cor, agora tranquilos, ou mais bem confiados. O Ausente, de agora em diante, os protege com sua lei, os precede, os espera: a cada etapa, quando a nuvem se elevava sobre o Tabernáculo, se colocavam em marcha. Se a nuvem não se elevava, não iniciavam a caminhada, até o dia em que ela o fazia. Pois, durante o dia, a nuvem de Yavé se situava sobre o Tabernáculo e, durante a noite, albergava em seu interior um fogo. (DIDI-HUBERMAN, Georges. **El Hombre que Andaba en el Color**. Madrid: Abada, 2014. P. 15-21)

¹⁹⁹⁴El habitus, como sistema de disposiciones para la práctica, es un fundamento objetivo de conductas regulares, por lo tanto de la regularidad de las conductas, y, si se pueden prever las prácticas (aquí, la sanción asociada a una cierta transgresión), es porque el habitus hace que los agentes que están dotados de él se comporten de una cierta manera en ciertas circunstancias. Siendo así, esta tendencia a actuar de una manera regular que, cuando el principio está explícitamente constituido, puede servir de base a una previsión (equivalente culto de las anticipaciones prácticas de la experiencia ordinaria), no encuentra su principio en una regla o una ley explícita. Es lo que hace que las conductas engendradas por el habitus no tengan la hermosa regularidad de las conductas deducidas de un principio legislativo: el habitus tiene parte ligada con lo impreciso y lo vago. Espontaneidad que se afirma en la confrontación improvisada con situaciones sin cesar renovadas, obedece a una lógica práctica, la de lo impreciso,

maneira pode-se justificar a proximidade conceitual dada aos fetiches e fatos, os quais são fabricados junto a complexidade da vida-humana que é produto do conhecimento, e extra-humana que provém dos mitos e crenças.

6.2.2 *Iura Novit Curia*: os fenômenos conflitológicos de interesse são direito

Inexiste distinção entre fato e direito¹⁹⁹⁵, pois o direito somente é criado a partir do processo. Como criação, compreende-se tanto a criação do texto como a interpretação. A

del más o menos, que define la relación ordinaria con el mundo. Esta parte de indeterminación, de apertura, de incertidumbre, es lo que hace que no pueda remitirse completamente a él en las situaciones críticas, peligrosas. Se puede enunciar como ley general que cuanto más peligrosa es la situación, más la práctica tiende a ser codificada. El grado de codificación varía como el grado de riesgo. Siendo así, en este caso se tendrá un grado muy alto de formalización de las prácticas; habrá las fórmulas de cortesía más refinadas, los ritos más elaborados. Cuanto más grande sea la situación de violencia em estado potencial, cuanto más sea necesario imponer formas, más la conducta libremente confiada a las improvisaciones del habitus cederá el lugar a la conducta expresamente reglada por un ritual metódicamente instituido, hasta codificado. Basta pesar en el lenguaje diplomático e en las reglas protocolares que rigen precedencias y las conveniencias en las situaciones oficiales. Codificar, es a la vez poner en forma y poner formas. Hay una virtud propia de la forma. Y el dominio cultural es siempre un dominio de las formas. Es una de las razones que hacen que la etnología sea tan difícil: este dominio cultural no se adquiere en un día... Todos esos juegos con la regla del juego, e, por allí, dobles juegos, son la manera de ser de los virtuosos. Para ponerse en regla, es necesario conocer al dedillo la regla, los adversarios, el juego. Si fuera necesario proponer una definición transcultural de la excelencia, diaria que es el hecho de saber jugar con la regla del juego hasta los límites, hasta las transgresión, permaneciendo en regla. (BOURDIEU, Pierre. **Cosas Dichas**. Barcelona: Gedisa, 1987. P. 84-85)

¹⁹⁹⁵D'altra parte, è certo che, pur tenendo ferma la distinzione - solo teorica ma non anche pratica - tra motivazione in diritto e motivazione in fatto, non si può negare il nesso che lega entrambe queste fasi del processo decisionale; anzi la comprensione globale del fenomeno della decisione giudiziale trarrebbe vantaggio se tale nesso fosse sottolineato, onde potesse risultare chiara l'interazione reciproca costante di una fase sull'altra. (DÍAZ, Adrián Rentería. Discrezionalità del Giudice o Risposta Corretta? **Revista de processo**, n.º 83, Ano 21, Julho-Setembro 1996, Pp.128-164.P.153)

criação do direito se dá pelos fatos¹⁹⁹⁶ da vida – fenômenos¹⁹⁹⁷ - (*ex facto oritur ius*¹⁹⁹⁸), e não pelos fatos postos pelo legislador. Essa visão supera a forma clássica do *iura novit curia* (dê-me os fatos que eu te darei o direito – legislado), pois vê na dinamicidade da vida a criação do direito pelo processo¹⁹⁹⁹: “*La vera novità del diritto attuale – è stato scritto – è che oggi, in*

¹⁹⁹⁶Así aflora en el discurso la conversión del movimiento en la inmovilidad. Y así se opone a la ley el hecho. El eterno contraste entre el ser y el moverse se presenta también al jurista *sub specie* de la oposición del hecho a la ley. La ley está; el hecho se mueve. La ley es un estado; el hecho un desarrollo. La ley es el presente; el hecho no puede ser más que pasado o futuro. La ley está fuera del tiempo; el hecho está dentro. Y así se comprende no tanto que *por el derecho se lucha*, como nos enseñó uno de los mayores juristas alemanes, cuanto que el derecho *es lucha*. El derecho vive desde el signo de la contradicción. Lo más íntimo de esta vida es la lucha de la ley y del hecho. La ley busca detener el hecho y el hecho huir de la ley. Veremos, más tarde, cómo en el juicio esta lucha puede concluir. Más generalmente, la lucha del derecho reproduce, en uno de sus aspectos más dramáticos, el esfuerzo del hombre para huir del tiempo. Lo que más necesita el hombre sobre todas las cosas, es la eternidad. El presente descubre su necesidad: esta problemática, más bien esta contradictoria contaminación del pasado y del futuro, que una vez llamé *no man's land* entre uno y otro, ¿qué cosa puede ser ni pasado ni futuro que no sea lo eterno? No hay, si no me equivoco, otro ejemplo más eficaz que el derecho para que los hombres sientan la necesidad de superar el tiempo, es decir para huir de la tormenta del volver y quedarse en la paz del ser. (CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948. P. 49-50)

¹⁹⁹⁷La sociologie du droit, du temps qu'elle faisait ses premiers pas, aurait souvent incliné à la même attitude. Parce qu'elle voyait dans le juridique la forme la plus achevée du social (à cause de la sanction organisée), il lui semblait que, la société étant partout, le droit ne devait être absent de nulle part, et elle le concevait comme un continu sans faille. Parvenue par la maturité à plus de compréhension, la sociologie juridique d'aujourd'hui a cessé de revendiquer pour le droit cette ubiquité divine. Elle reconnaît que tout le social n'est point juridique, outre que, dans les rapports entre les hommes, il s'en rencontre peut-être qui échappent au droit parce qu'ils ne sont même pas socialisés. Elle en vient ainsi à admettre que le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine, qu'il y a, dans les sociétés, des vides de droit, et elle pose, au moins comme une hypothèse, à côté du droit, le non-droit. Le non-droit, s'il faut en donner une première approximation, est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent. Ce n'est pas, bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif. Ce n'est pas non plus le sous-droit, tel qu'il peut se produire dans la sous-culture de certains groupements particuliers. Les phénomènes que l'on qualifie d'infrajuridiques - ainsi, le droit folklorique, ou la coutume ouvrière (au sens de Maxime Leroy) - apparaissent comme du droit dégradé, à tout le moins du droit imparfait (parce que non étatique) : ce sont, en tout cas, eux aussi, des phénomènes positifs. Le non-droit, au contraire, une négativité, une absence caractéristique. Deux réflexions, à cet endroit, peuvent être proposées: l'une qui aggrave la difficulté de l'hypothèse, l'autre qui l'atténue quelque peu. La réflexion maximisante est que le non-droit n'est pas simplement le noncontentieux. Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable, dans un minimum de sociabilité. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux - cette pathologie - est infiniment plus petit que le droit. Mais l'hypothèse du non-droit ne se réduit pas à n'être qu'un non-contentieux: elle a un sens beaucoup plus grave: c'est que l'homme pourrait bien n'avoir même pas besoin du droit. La réflexion minimisante est que la différence du droit au non-droit, différence de nature s'il en fut, peut tout de même, assez souvent, être ramenée à une différence de degré : la différence de plus de droit à moins de droit. Ce passage d'un ordre de différence à l'autre est légitime d'un point de vue sociologique, parce que, d'un tel point de vue, le droit qui est présent dans une catégorie de relations humaines peut être conçu comme une masse statistique, susceptible de plus ou de moins. Quand nous parlerons de non-droit, il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique. La relativité ainsi introduite peut dissiper les tourments philosophiques que susciterait le concept d'un pur néant. (CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur**. 10^e ed. Paris:EJA, 2001. P. 25-26)

¹⁹⁹⁸L'auforismo *ex facto oritur ius* usato spesso come succedaneo dell'altro da mihi factum dabo tibi ius è stato formulato da Guglielmo da Cunio nel Proemio alle Lectura supra Digesto Veteri, prendendo spunto da un testo a commento della legge Aquilia, contenuto nel Digesto, del giureconsulto Alfeno (Digesta 9,2,52,2). (MINGARDO, Letizia. Il principio processuale della giurisdizione. Em: MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.218)

¹⁹⁹⁹La massima *ex facto oritur ius* avvalora la prospettiva processuale del diritto laddove ci rammenta che il fatto non è tanto un elemento virtuale descritto dal legislatore che intere prevedere e prevenire il contrasto che potrebbe

*luogo della 'regola' (di cui sono in crisi tanto i contenuti quanto l'interpretazione), ad essere posto al centro è il 'fatto', vera ragion d'essere del fenomeno giuridico. Ed è ciò che consente di intendere l'interpretazione come ricerca attiva e dinamica «della soluzione normativa adeguata ai casi vitali da disciplinare giuridicamente».*²⁰⁰⁰

sólo con grandes reservas y a efectos puramente sistemáticos se acoge una distinción entre hecho y derecho, que, como más adelante observaremos, carece de un valor absoluto. En efecto, como -acertadamente apunta GUASP²⁰⁰¹, la distinción entre normas jurídicas puras y hechos puros es una de las que han ejercido más nefasto influjo, no sólo en la doctrina jurídica, sino en la misma evolución jurisprudencial, por existir entre ambas una amplia zona divisoria, en la que es difícil trazar la línea tajante de separación que limite los campos respectivos. Basta examinar las oscilaciones de la jurisprudencia sobre la calificación en casación de determinados conceptos, como la interpretación de los contratos, la mala fe, la causa, la posesión de estado de hijo natural, etc., para comprender el íntimo ligamen existente entre hechos y derecho, que sólo idealmente pueden aislarse en cuanto el derecho presupone unas hechos determinados y a su vez estos hechos solo tienen importancia en cuanto son contemplados por una norma jurídica. Pues, como afirma SATTÀ²⁰⁰² la distinción entre juicio de hecho y de derecho es absolutamente empírica, pues no hay juicio de derecho que no sea a la vez juicio de hecho y viceversa; añadiendo, en otro lugar, que ante la imposibilidad de trazar una línea de separación entre ambos juicios la jurisprudencia se torna formalista, oscilando constantemente sus criterios; y para CALAMANDREI²⁰⁰³ la tradicional separación entre la cuestión de hecho y la de derecho parece expresamente creada para llevar a la exasperación el culto a la máxima y para prohibir al juez que se deje conmovir por las exigencias equitativas del caso concreto.²⁰⁰⁴

Rompe-se na contemporaneidade com a cisão feita por Pontes no que se refere à diferenciação entre empirismo, racionalidade e ciência, pois a ciência abarca todas em seu centro gravitacional, e o que é mais relevante, e que a racionalidade de que se fala não é outra

svilupparsi nella lite, quanto piuttosto un aspetto della quotidiana e complessa realtà del mondo umano, che ritrova nel processo la memoria della sua natura conflittuale di evento generatore di opposte contestazioni destinate a trovare una via di soluzione nel processo. Ragionando sul fatto controverso, le parti e il giudice dovranno così tener conto che il singolo ed imprevisto caso non può essere inquadrato nello schema della norma come l'applicazione della tessera in un mosaico di porzioni prestabilite, ma si ritrova nella ricerca e nella raccolta delle prove che connota la tensione collegante del dibattito processuale che si sprigiona tra contesta e contestazione, tra domanda ed eccezione, tra accusa e difesa (MINGARDO, Letizia. Il principio processuale della giurisdizione. Em: MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012. P.217)

²⁰⁰⁰SOLIDORO, Laura. **Il Giudice e il Fatto: Nuove Suggestioni del Pensiero Vichiano**. Disponível em: <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2014/contributi/2014_Contributi_Solidoro.pdf> Acessado em: 30/01/2018. P. 19.

²⁰⁰¹ GUASP, **Juez y Hechos en el Proceso Civil**. Barcelona: Borsch, 1943. P.12.

²⁰⁰²SATTÀ, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. Padova: Cedam, 1994. P.147.

²⁰⁰³CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1973.

²⁰⁰⁴DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, Acción y Proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. P.77.

coisa que a do exercício personalizado da atividade cognoscente, e em seu âmbito pode abarcar desde a mais pura ortodoxia científica e a mais peculiar forma de criação científica.^{2005,2006}

Em um Estado Ativo e Responsivo, balizado por garantias e princípios constitucionais, existem ocasiões na qual o exercício da função jurisdicional possui uma *tensão* entre o acesso à administração da justiça e a regra jurídica.²⁰⁰⁷ O direito pela compreensão hermenêutica não deve ser reduzido ao direito como fato ou ao direito como lei, pois este representa um sem número de fenômenos e a cisão é a criação de uma metafísica artificiosa em que cria uma diferença entre o orgânico vital e o inorgânico, pois a artificialidade legal se dá em algo estritamente inorgânico e não adaptável ao orgânico.

Essa dupla diferença acaba de produzir um direito como lei distante do direito apregoadado ao estar-aí e ao ser-aí, pois desapregoa-se dos fenômenos e os verifica posteriormente com leis e premissas inadaptáveis ao Direito. O fato não é um elemento preexistente descrito pelo legislador que pretende prever e prevenir o conflito que poderia se desenvolver na disputa, mas é um aspecto da realidade diária e complexa do mundo humano que encontra no processo a memória de sua natureza conflituosa da geração de eventos adversos disputa destinada a

²⁰⁰⁵ ANDRES, Moya. **Pensar desde la Ciencia**. Madrid: Trotta, 2012. P. 93.

²⁰⁰⁶ La historiografía derivada de la perspectiva sociologista es mucho más compleja y globalizadora que la anterior, aunque irremediamente también más relativista y menos dispuesta a reconocer la especificidad de la ciencia como generadora de conocimiento verdadero acerca del mundo. El punto de inflexión desde una filosofía racionalista, con hincapié en la lógica de la argumentación científica, a otra filosofía sociologista que acentúa la función de los intereses sociales de los grupos de investigación en detrimento de las razones, gira en tomo a la obra de T.S. Kuhn, quien como todo revolucionario conserva ciertos resabios racionalistas junto con el anuncio de la perspectiva relativista sociológica. Llamo aquí concepción racionalista a aquella que estima que la ciencia es el mejor ejemplo de actividad racional, en la que las decisiones se toman en virtud de reglas y argumentos válidos universalmente. Aparte de los propios científicos, la mayoría de los filósofos y metodólogos de la ciencia adoptan esta perspectiva y tratan de elaborar un modelo de lo que podríamos llamar la competencia racional en el terreno de la ciencia, por más que acepten desviaciones en la actuación concreta de los científicos respecto de esas normas de racionalidad llamadas a maximizar la producción y aceptación de las teorías más justificadas. Por otro lado, llamo concepción sociologista a la que se propone ser neutral respecto a la racionalidad e irracionalidad, respecto a la verdad y falsedad o, en general, respecto a cualesquiera valoraciones, a fin de concentrarse exclusivamente en el estudio de la ciencia como si fuese un proceso «natural» en el que las decisiones se toman no por razones, sino por causas sociales. (SOLIS, Carlos. **La Historia de la Ciencia Despues de Khun**. Barcelona: Paídos, 1997. P. 13)

²⁰⁰⁷ En el contexto de un Estado Constitucional con garantias como las descritas mas adelante, en algunas ocasiones en el ejercicio de la función jurisdicional se presenta una tension entre el acceso a la administración de justicia y la regla juridico - procesal de la congruencia de la sentencia, que hace parte del debido proceso. Esta tension, se evidencia de alguna manera en la aplicacion del principio iura novit curia, que presume el conocimiento del derecho por parte del juez, y que posibilita decidir de fondo un conflicto, a pesar del erro juridico de las partes, pero que le impone al Juez alejarse o desvincularse de los planteamientos juridicos alegados por las partes. Asi, cuando el juez al momento de dictar sentencia constata que la calificacion juridica de los hechos formulada en la demanda no resulta adecuada, y que por tanto debe ser modificada o corregida para poder resolver de fondo del conflicto, tal como se exige el derecho de acceso a la administracion de justicia, se ve obligado a tomar una decision que puede ser calificada de incongruente, vicio que implica el desconocimiento del debido proceso. (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponible em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.23)

encontrar uma maneira de solução no processo.²⁰⁰⁸ A governança processual²⁰⁰⁹ faz com que o fato se crie a partir do desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses, por uma colaboração reativa entre as partes no processo.²⁰¹⁰

²⁰⁰⁸Il fatto non è un elemento virtuale descritto dal legislatore che intende prevedere e prevenir il contrasto che potrebbe svilupparsi nella lite, ma è un aspetto della quotidiana e complessa realtà del mondo umano che ritrova nel processo la memoria della sua natura conflittuale di evento generatore di opposte contestazione destinate a ritrovare una via di soluzione nel processo. (MORO, Paolo. **Il Diritto come Processo**. Princípi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli, 2012)

²⁰⁰⁹ Desde otra perspectiva, contraria al dispositivismo o privatismo, caracterizada por el principio de dirección del proceso a cargo del Juez, donde este ejerce sus funciones jurisdiccionales, observando el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, inspirada en una concepción activista del Juez (criticada cuestionada como una postura “inquisitiva”), la aplicación del principio *iura novit curia* es más activa y amplia, pues se aplica desde el inicio del proceso: en la calificación de la demanda, en la contestación, en los medios de defensa de forma y defensas previas, en las nulidades procesales, en la fase probatoria, en la decisoria y hasta en la fase de ejecución, comprendiendo la aplicación correcta no solo de la norma material, sino también de la norma procesal mal invocada (**visión dinámica del *iura novit curia***). (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponible en: <

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.21)

²⁰¹⁰Históricamente los dos métodos tienden a combinarse: el derecho, en lugar de formarse mediante el solo hecho de las partes o el solo hecho del juez, tiende a formarse mediante la colaboración de ellos. A este modo de su formación se da específicamente el nombre de *proceso*. En sentido técnico, el proceso no es un procedimiento cualquiera mediante el cual se forme el derecho, sino ese procedimiento cuando resulta del concurso de las partes y del juez. Por tanto, cuando se dice que si el proceso sirve al derecho, el derecho sirve al proceso, se hace referencia al valor específico del proceso, esto es, al proceso no como *formación originaria*, sino como *formación derivativa* del derecho, que supone un orden jurídico ya constituido. Así, los conceptos de acción y de jurisdicción pasan, de la significación empírica y primitiva que hemos obtenida hace poco, a una significación técnica y evolucionada, que ahora vamos a tratar de someter a análisis. (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 29-30)

6.3 – Por uma Necessária (re)Leitura do Princípio *Iura Novit Curia*²⁰¹¹

A partir da postura que se buscou adotar, mostra-se impossível ao juiz conhecer do direito posto pelo objeto do processo (direito subjetivo como lei e direito subjetivo como situação jurídica subjetiva), uma vez que estas *não* preexistem à decisão judicial, existindo direito objetivo processual somente na decisão balizada pela compreensão hermenêutica.

Se o conhecimento da norma jurídica implica uma relação entre sujeito e objeto, o objeto conhecido deve preexistir ao sujeito conhecedor e a sua atividade cognitiva, razão pela qual parece prudente duvidar que as normas jurídicas podem constituir um objeto de conhecimento. Esta conclusão é contra majoritária, pois se considera que cabe aos juízes tão somente aplicar o direito pré-existente.²⁰¹²

As decisões jurídicas não são imbuídas de previsibilidade, contando, entretanto, com a governança processual das partes para se desvelar o fenômeno conflitológico de interesses. Para se repensar o instituto, é necessária uma releitura das tradicionais bases do aforismo, para que assim seja possível requestionar a maneira pela qual o direito é criado pela norma individual.

Os fenômenos conflitológicos de interesse cobram do direito uma nova postura e novas respostas. Pode-se dizer, desta forma, que na atualidade o instituto do *iura* pode receber uma relevância nunca imaginada, que lhe outorga sua verdadeira razão de ser e passa assim a

²⁰¹¹Ma le restrizioni che la legge processuale impone alla indagine storica del giudice non si fermano qui. Per intendere l' portata esatta di queste ulteriori limitazioni bisogna peraltro tener distinto l' accertamento del diritto oggettivo vigente, dall' accertamento dei fatti controversi, ai quali il diritto oggettivo deve essere applicato. Anche le disposizioni del diritto oggettivo, come già si è avvertito, sono dati storici, che il giudice, per poterli applicare, deve prima di tutto conoscere nella loro realtà positiva. Ora, per quanto attiene a tale conoscere nella loro realtà positiva. Ora, per quanto attiene a tale conoscenza ed ai mezzi per procurarsela, il giudice gode della stessa pienezza di indagine di cui gode lo storico, della stessa libertà nella scelta dei procedimenti tecnici più appropriati a tale scopo. Il principio *iura novit curia* non significa soltanto che il giudice, come organo dello Stato, ha il dovere di conoscere la legge anche se le parti la ignorano o la fraintendono, ma significa altresì che egli ha, al pari di un qualsiasi privato, il potere di mettere in opera a questo fine, *anche fuori del processo*, tutti i mezzi di ricerca di cui ogni studioso può servirsi per procurarsi la conoscenza del diritto storicamente vigente. I metodi che possono guidare regolano la materia su cui è chiamato a giudicare, non differiscono da quelli che deve seguire lo storico per ricostruire la legislazione che era in vigore nella remota epoca da lui presa a studiare: le biblioteche in cui si trovano le raccolte delle leggi di ogni tempo e i trattati degli scrittori antichi e moderni, sono aperte al giudice come allo storico: né il diritto processuale vieta al giudice le iniziative e le curiosità, quando queste siano indirizzate a colmare le lacune della sua cultura giuridica. (CALAMANDREI, Piero. Il Giudice e lo Storico. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, 1939, Vol.XVI, parte I, Padova, Pp.105-128. P.110-111)

²⁰¹²Sin embargo, esta conclusión contrasta con una opinión bastante generalizada entre los juristas que está en la base de algunos principios estructurales que rigen el funcionamiento de los sistemas jurídicos y, en cierta medida, con el modo real de comportarse de los operadores jurídicos. Por un lado, el propio principio de la separación de poderes, la distinción entre la función legislativa y la jurisdiccional, la obligación de sometimiento del Juez a la ley, la idea de aplicación del Derecho y, por supuesto, el aforismo *iura novit curia*, pueden mantenerse únicamente con la condición de que estén adecuadamente separadas la creación de normas y su aplicación, requiriendo necesariamente esta última tarea el conocimiento de las primeras por parte (no tanto de los ciudadanos, sino) de los órganos (jurisdiccionales) encargados de llevarla a cabo. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.184)

questionar a atual postura da administração da justiça e da função jurisdicional frente ao direito, e muito mais pelo processo como vocação de nossos tempos.

Frente à massificação da justiça, exposta pela juridicização da vida, o surgimento de direitos humanos, a constitucionalização do direito,²⁰¹³ à complexidade social, o absurdo metodológico de buscar subsumir todos os fenômenos da vida como fatos jurídicos estáticos, reflete tudo isto em um injusto cenário: um sem número de fenômenos cuja tutela não é concedido da forma que deveria em razão da impossibilidade de criação/interpretação do direito por parte do processo, ainda centrado em velhos paradigmas.

O princípio do *iura novit curia* é inerente ao labor de criação judicial. A função criadora do direito pelo processo é expressado pelo brocardo, abrindo novas possibilidades de criação de um direito que vá mais de acordo com a realidade, uma vez codificar a totalidade dos fenômenos conflitológicos é algo impensável.²⁰¹⁴

Assim, desde o princípio se aponta as marcas tradicionais de base que devem ser relidas: *“La utilización del principio “iura novit curia“ se encuentra limitada por dos parámetros, a saber: a) no alterar los hechos afirmados por el justiciable y b) no innovar sobre los requisitos de la acción.”*²⁰¹⁵ e devem ser relidas porque *“Sin embargo el verdadero limite a la flexibilización está dado por no afectar las condiciones del debido proceso legal (igualdad, contradicción, tutela efectiva).”*²⁰¹⁶ Ou seja, o verdadeiro limite à flexibilização do *iura novit*

²⁰¹³...hasta llegar a la edad moderna, donde se comienza a cuestionar sus limitaciones frente a la masificación de la justicia y al surgimiento de los derechos humanos, a nivel internacional; asimismo, a nivel nacional, los diversos problemas derivados de la insuficiente o errónea fundamentación jurídica, y en ocasiones, la ausencia de fundamentación jurídica, obligan al Juez a la aplicación de este principio, con la finalidad de lograr una tutela o protección jurisdiccional efectiva, como imperativo para consolidar inicialmente el estado de Derecho y contemporaneamente el moderno Estado Constitucional. (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia.** Disponível em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.8)

²⁰¹⁴Es obvio que este principio es inherente a la labor de interpretación judicial. Sin embargo, la función creadora del Derecho (en el sistemas codificado) abre al Juez nuevas posibilidades mas acordes a los hechos y a la realidad, pues los conflictos intersubjetivos con relevancia jurídica no esperan (ni podrian esperar) las modificaciones o creaciones legislativas que suelen ser bastante estáticas, en tanto que los conflictos y la realidad en la que se desarrollan evolucionan a otro ritmo mas dinámico. Esto ultimo se comprueba en el momento limite cuando la presión de la realidad es maxima ante un sistema jurídico, que aunque tiene vigencia formal, ya no es util ni eficiente, por haber sido desbordado y desfasado por esa misma realidad, por lo que bien podemos afirmar que el ordenamiento jurídico ya no tiene vigencia material. (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia.** Disponível em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.7-8)

²⁰¹⁵DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006.

²⁰¹⁶Se debe tener presente, que dentro de las funciones del Juez no solo es el de aplicar la norma al caso concreto sino que previamente se le exige el filosofar. En otras palabras, hacer justicia es filosofar, porque el concepto de justicia no es un concepto eminentemente jurídico, sino filosófico, de tal manera que debe erradicarse por completo la falsa idea de que administrar justicia es sólo aplicar la ley. (DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006)

curia devem ser as próprias condições do devido processo legal, e não outras características profissionais que limitam o *iura novit curia* ao direito subjetivo, pois esta limitação é nociva e causa saturação às bases do direito.

Por isso se afirmar que o *iura novit curia* não é uma opção, ou uma escolha do juiz; compreender o princípio dessa maneira (como faculdade) “...se aplicaria y en otras no, generando una grave vulneracion del derecho al debido proceso y de ser tratados por igual ante la ley.”²⁰¹⁷

Primeiramente, diferente do que se é posto, entende-se que o brocardo deve ser entendido como “o juiz conhece os direitos” (direito objetivo), e não no sentido clássico “o juiz conhece o direito” (direito subjetivo); isto porque o verdadeiro significado do *iura novit curia* abarca tanto o direito objetivo como o subjetivo.²⁰¹⁸ Dentro das funções do juiz exige deste que interprete o direito e crie a norma para o caso concreto, uma vez que o direito não preexiste à decisão judicial. Administrar a justiça é muito mais do que aplicar a lei.²⁰¹⁹

Desde a primeira consideração do princípio *iura novit curia* pode ser apontado problemas para a concepção clássica do aforismo, pois a partir da observação de que o direito subjetivo é pré-disposição necessária para o *iura novit curia*, é no mínimo necessário que a atuação das partes não se restrinja aos fatos, uma vez que seria ilógico: o direito subjetivo tem como pré-requisito a subsunção.²⁰²⁰

²⁰¹⁷PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.14.

²⁰¹⁸...de esta forma el principio iura novit curia va perfilando su naturaleza y se deslinda claramente las funciones que le corresponde al interior de un proceso. [...] el significado exacto del principio que hoy en día se le atribuye, es el de conocimiento del **derecho objetivo** de la norma jurídica por parte del Juez. La extensión del aforismo y la aplicación normal del mismo alcanza a los **derechos subjetivos** hechos valer por los litigantes. Como se observa, ya se dilucida el verdadero significado del iura novit curia, que contempla tanto el **derecho objetivo** como los **derechos subjetivos**; de ahí que su uso debe ser en plural: iura; “El Juez conoce **los derechos**” (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.10)

²⁰¹⁹ASTÈTE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia**. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho. 89 p. P.18.

²⁰²⁰Da questa evidente constatazione, già s'individua una prima incrinatura a quella distinzione in apparenza così rigorosa, per la quale il fatto sta alle parti come il diritto sta al giudice. Alla luce di queste notazioni preliminari, bisogna quantomeno correggere la ricordata – semplicistica – soluzione, per precisare che – al minimo – un poco di diritto sta anche alle parti; perché se sulle parti non gravasse nemmeno un po' dell'onere relativo alla qualificazione giuridica dei fatti allegati, bisognerebbe pacificamente ammettere che le loro asserzioni possano essere del tutto svincolate da qualsivoglia criterio logico, e, così facendo, si eliminerebbe quel requisito, previsto invece dalla legge, che richiede che ad essere oggetto del processo siano proprio individui diritti soggettivi. Infatti, nel mondo del giuridico, è da considerarsi strutturale la circostanza che la possibile connessione tra il fatto e l'effetto non possa che passare attraverso l'attribuzione di significato, la valutazione, operata dalla norma, sola in grado di conferire coerenza giuridica (e significato) alla congerie fattuale presentata al giudice. (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 14-16)

Tradicionalmente a doutrina reconhece duas formas de atuação do *iura novit curia*: a primeira é a função corretora, que permite ao juiz corrigir a invocação errônea da norma; a segunda é a função supletória, que permite ao juiz suprir a omissão da invocação da norma. Uma visão atualizada do princípio do *iura novit curia* vai no sentido de que a função supletória não somente diz respeito a eventual omissão e posterior seleção da normativa própria do caso, mas sim da criação do direito a partir do processo, que ocorre tanto pela discricionariedade quanto pela arbitrariedade.

A análise realizada do princípio *iura novit curia* leva a conclusão que os poderes do órgão judicial são absolutos em relação com o direito aplicável ao caso, por existir uma presunção absoluta do conhecimento judicial deste, pois o encarregado de aplicar o direito deve ser aquele que possui um conhecimento adequado e profundo do ordenamento jurídico, o qual não somente compreende as normas positivas ou escritas, mas também a *doutrina, jurisprudência e princípios* e, principalmente, responsabilidade sócio-política que o conduz à criação de direito a partir dos fatos expostos pelo fenômeno.²⁰²¹ Porém, mesmo que haja por parte do juiz esse controle e conhecimento na seleção do direito aplicável, sua atividade é limitada por princípios processuais fundados, principalmente, no direito de defesa das partes.²⁰²²

O Estado Ativo Responsivo não pode manter-se inerte quando o processo não é *justo*. A ampliação e criação do direito pelo processo, a partir do *iura novit curia*, reconhece ao juiz o dever de atuar para que o direito cumpra sua função na sociedade – adaptação existencial - e não seja meramente uma estrutura amorfa do Estado. O *iura novit curia* adere à politicidade democrática, refletindo-se na decisão judicial para fora do processo, cumprindo o papel público do processo, sua dinamicidade processual alcança a legitimidade democrática processual.

²⁰²¹La aplicación del derecho que corresponde al proceso, cuyo objeto es una pretensión o pretensiones concretas, requiere, lógicamente y necesariamente que el encargado de realizar esa aplicación tenga un conocimiento suficientemente, adecuado y profundo del ordenamiento jurídico, donde se comprende no solamente a las normas positivas o escritas, sino que se extiende a la doctrina, jurisprudencia y principios. Siendo esta **presunción iuret et iuret**, sobre el cual se construye el principio *iura novit curia*, los jueces (en tanto que operadores jurisdiccionales encargados de seleccionar la norma jurídica pertinente, interpretar dicha norma pertinente, motivar su decisión en la norma pertinente, y declarar los efectos jurídicos de la norma pertinente) quedan obligados a emitir su decisión conforme con el sistema de fuentes legalmente establecido. Por lo tanto, es lógico que se afirme que el tribunal (la curia) tiene el deber de conocer el ordenamiento jurídico (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.10-11)

²⁰²²GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.31.

Quanto ao princípio da congruência, na atualidade muito mais do que a visão clássica limitadora do *iura*, se destaca uma tendência flexibilizadora ou incongruente do princípio da congruência em razão do *iura novit curia* ser relido em uma época de juízes ativistas.²⁰²³

De lo expuesto se colige que toda flexibilización del principio de congruencia tanto respecto de los sujetos, del objeto del proceso o de los hechos sólo es admisible en el litigio judicial si no se afecta con ello alguna de las condiciones del debido proceso antes enumeradas, vale decir, la defensa en juicio o la igualdad de las partes.²⁰²⁴

A flexibilização da congruência ou incongruência tem relação com o objeto do processo, com os sujeitos e com o material fático do processo.²⁰²⁵ A congruência não é um princípio processual absoluto, isto é, cuja estrita observância se vincula com as condições do devido processo, de modo que essa concepção ultrapassada somente encontra relação junto a um sistema dispositivo que defenda a participação/colaboração reativa das partes.²⁰²⁶

No que toca aos fatos, a concepção tradicional pelo *iura* afirma que caberia às partes trazer ao processo os fatos, e que os não afirmados pelas partes não constituiriam objeto de prova ou consideração pela decisão judicial. Ocorre que a flexibilização da congruência ou a incongruência demonstra ser capaz tanto a arbitrariedade quanto à discricionariedade. Dado que não existe disposição legal que autorize à flexibilização da congruência processual, a jurisprudência vem registrando numerosos casos para proporcionar uma resolução dos fenômenos da vida, que são superiores ao direito subjetivo como lei.²⁰²⁷

²⁰²³ Por último, se destacan una serie de tendencias flexibilizadas del principio, que a través de postulados relativos a la efectividad de los derechos sustantivos, interpretación de los actos de proposición, razonabilidad, plantean morigerar la congruencia, determinando un rol más activo del juez, aunque siempre dentro de los límites del debido proceso. (LAGGIARD, Maximiliano Cal. Principio de Congruencia en los Procesos Civiles. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**. 2012, año XI, n.º 21. Pp.11-24. P.23)

²⁰²⁴ DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006.

²⁰²⁵ DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006.

²⁰²⁶ En síntesis: entiendo que la congruencia no constituye un principio procesal absoluto, vale decir, un principio cuya estricta observancia se vincule con las condiciones del debido proceso adjetivo, tal como fuera sostenido por la doctrina durante algún tiempo. En rigor se advierte que un ajuste estricto y absoluto a la exigencia de congruencia –que enuncia en su articulado el Código Procesal– sólo resulta compatible con un sistema dispositivo intransigente. Sin embargo ningún sistema procesal vigente en el país es dispositivo de manera absoluta. Tal como enseña Palacio, el principio dispositivo es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces por el régimen procesal, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad con que corresponde tratar a las partes. Si bien el principio dispositivo prevalece en el proceso civil y el inquisitivo en materia penal, ni en materia civil existe disponibilidad absoluta, ni en materia penal indisponibilidad absoluta. Los fines del Derecho Procesal vinculados a estos tipos procesales han servido para que se identifique el tipo procesal dispositivo con la privatización y el tipo procesal inquisitivo con la publicización. (DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006)

²⁰²⁷ Sin que exista disposición legal que lo autorice la jurisprudencia registra numerosos casos de flexibilización del principio de congruencia motivados por el sentido común práctico en la resolución de los litigios. (DE LOS

Nem sempre os fatos e a norma jurídica exaurem os elementos que devem ser apreciados para resolver uma disputa, tendo de utilizar também, para além do *regulae iuris*, a *regulae artis* “s’intendono i saperi, le conoscenze e le competenze settoriali, appartenenti alle varie discipline tecniche ed umanistiche”²⁰²⁸. Nesse sentido, o objeto do processo substancial e formal (estática do direito) e o objeto do debate processual (dinâmica do direito) servem para o desvelamento do fenômeno conflitual, superando o a cisão suporte fático (questão de fato) e norma (questão de direito): o fenômeno se desprende ao texto normativo e desfigura-se como contexto, acertando-se como norma individual ou, melhor, como gênese do direito objetivo processual.

Através do *regulae artis* é possível formar a decisão a partir do brocardo do *iura novit curia* que supere a simples subsunção da regra aos fatos. O juiz pode, assim, ressemantizar os fatos e o direito, o que é explicitado na fundamentação judicial hermeneutizada.²⁰²⁹ Essa concepção coaduna com a assertiva de que a investigação sobre o julgamento não é simplesmente causal e determinista, ou nomológica-dedutiva, pois não configura a “verdade” ou a certeza absoluta, mas sim é uma operação hermenêutica caracterizado por um alto grau de credibilidade, fruto do diálogo dialético entre as partes.

O princípio da *iura novit curia* que, em contraste com o princípio da demanda (o qual delimita as esferas dos poderes projetando-se no *ius dicere* decisional, em relação à dedução de fato e direito, entre as partes e o Estado-Juiz), em virtude das relações que com o último inevitavelmente surge, pressupõe uma investigação da posições tomadas por elaboração ao tema do objeto do processo - formal e substancial -, a fim de testar suas consistências concretas no momento nevrálgico da delimitação da *res na deducta iudicium*, o que não pode ter lugar em aderência ampla com o princípio (de direito positivo) da demanda que é mero estratagema dedutivo. De outro lado, o brocardo *iura novit curia* se adequa a uma ciência indutiva (Pontes)

SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006. P.297)

²⁰²⁸ Tuttavia, com’è ben noto, fatto e norma giuridica non esauriscono lo spettro degli elementi che devono essere apprezzati per dirimere una lite, dovendosi sovente fare uso, oltre che delle *regulae iuris*, anche dalle *regulae artis*, laddove per *ars* – al plurale, *artes* – s’intendono i saperi, le conoscenze e le competenze settoriali, appartenenti alle varie discipline tecniche ed umanistiche.(DURANTE, Nicola. **Artes Novit Curia**. Disponível em: <http://www.sentenzaitalia.it/uploads/news_attachment/file/499/499/ARTES_NOVIT_CURIA-1.pdf> Acessado em 30/01/2018. P.2)

²⁰²⁹ Attraverso le *regulae artis*, il sapere scientifico entra, quindi, nel complicato procedimento logico-giuridico che, dalla cognizione del fatto, risale fino alla formazione della decisione, ponendo a dura prova il principio del “libero convincimento” del giudice, che altro non è che il potere di ricostruire e qualificare a propria discrezione la vicenda storica, col solo obbligo di esplicitarne le ragioni nella motivazione della sentenza (DURANTE, Nicola. **Artes Novit Curia**. Disponível em: <http://www.sentenzaitalia.it/uploads/news_attachment/file/499/499/ARTES_NOVIT_CURIA-1.pdf> Acessado em 30/01/2018. P.3)

capaz de alcançar os contextos fenomênico por suas metáforas vivas gramaticalmente expostas da existência ao Processo, dinâmico estes frente à decisão judicial acercada de legitimidade democrática processual a partir da jurisdição – e não do processo (Fix-Zamudio).²⁰³⁰

O *iura novit curia* apresenta-se como um redutor de complexidade ou de outro modo como um redutor do crepúsculo metafísico que cinge discricionariedade de arbitrariedade jurisdicional, servindo de base para a compreensão hermenêutica do fenômeno conflitológico de interesses, que serve de marco entre as interflexões entes contexto conflitual e texto normativo para com a construção do Direito pelo Processo.

Recai sobre o brocardo *iura novit curia* uma ampla ressignificação, pois se justifica na compreensão hermenêutica desveladora do fenômeno e amplia os seus horizontes junto ao objeto processual substancial e pelo objeto do debate processual, que criam a atmosfera de um amplo jogo de perguntas e respostas dialético-dialogais em que sobrepesam a colaboração reativa das partes tidas como cidadãos ativos democraticamente instituídos e desentificados, os quais operam em uma administração da justiça que dispõe de partes legitimadas ao debate. Nesse amplo espaço a decisão judicial apregoa-se à fundamentação judicial, com isso incide para fora das linhas sentenciadas, operando junto isso a responsabilidade social do juiz.^{2031,2032}

²⁰³⁰Chi voglia far valere in giudizio un proprio diritto, ha l'onere di proporre domanda l. Con la proposizione della domanda, in capo al giudice sorge il potere-dovere di decidere su questa. È proprio nel cuore di questa essenziale correlazione per il processo che fiorisce il problema dell'effettivo equilibrio, potremmo dire, rapporto di forza, tra la posizione della parte che richiede la tutela, ed i poteri che l'ordinamento riconosce all'ufficio giudicante nel plasmare le forme ed i modi in cui questa viene impartita. In tale area ad alta tensione ideologica, si forma il bilanciamento tra ciò che compete alle parti e ciò che compete al giudice. L'insegnamento tradizionale, di antica e risalente origine, è quello che detta, almeno in apparenza, una chiarissima linea di demarcazione tra la sfera dell'uno e quella delle altre, quasi attribuendo, un po' salomonicamente, al dominio esclusivo delle parti la "questione di fatto" e a quello esclusivo del giudice la "questione di diritto". (RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p. P. 20-21.P. 13-14)

²⁰³¹Anche sul piano generale, del resto, l'attività del giudice, giurisdizionale o non (così in sede di giurisdizione volontaria), presenta sempre un aspetto funzionale, relativo ad un interesse generale, pubblico ed esterno ao soggetto agente, da cui deriva la natura doverosa di quell'attività. (MARENCO, Roberto. **La Discrezionalità del Giudice Civile**. Torino: Giappichelli Editore, 1996. P.65)

²⁰³² Cuando se afirma, por tanto, que el Juez conoce el Derecho (*iura novit curia*), bajo la apariencia de una descripción se están imponiendo em realidad dos deberes a los órganos jurisdiccionales: a) En primer lugar, que el Juez debe procurarse, por los medios que considere más adecuados, el conocimiento-producto de los materiales jurídicos necesarios para resolver el litigio por medio de una decisión ajustada a Derecho. En esta primera situación se está usando el aforismo *iura novit curia* como una obligación de conocimiento-actividad: no importa si, antes de adoptar la decisión del caso, el Juez conocía o no las normas jurídicas que le van a permitir dictarla, pero es un deber del Juez (intrínseco a la función jurisdiccional) poner los medios para alcanzar ese conocimiento-producto. En coherencia con la distinción efectuada al principio, podría denominarse a este primer sentido del conocimiento judicial del Derecho "*iura novit curia* como actividad".

b) En segundo lugar, se puede estar queriendo indicar que el Juez debe resolver los asuntos de los que conozca por medio de las normas jurídicas que le proporcionan las fuentes del Derecho del sistema, lo que le exige tener de ellas un conocimiento-producto. En esta segunda situación se está usando el aforismo *iura novit curia* como una obligación de conocimiento-producto, por lo que su uso podría denominarse "*iura novit curia* como producto". Aunque las dificultades referentes a las exigencias del conocimiento como producto tienen una innegable influencia en el propio proceso de adquisición del conocimiento, existen algunos problemas que afectan a éste

Com a ressignificação do princípio dispositivo pelo contraditório constitucionalizado, aderido, é visível a governança processual pela colaboração reativa das partes, o que justifica a aplicação do princípio do *iura novit curia*, pois as partes constroem o Processo, concedendo a elas posturas ativas para com o desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses que será construído ou desconstruído pela compreensão hermenêutica junto ao momento estático constituído pelo objeto do processo e pelo desenvolvimento do objeto do debate processual.

A visão dinâmica do *iura novit curia* é inspirada em uma concepção reflexa do Estado Ativo Responsivo, onde o juiz cria direito; mas não o cria baseado na filosofia da consciência – reflexo da decisão criada a partir da jurisdição – mas cria com base na governança processual das partes – reflexo da decisão criada a partir do processo – o que se torna amplamente democrático em detrimento da primeira forma de ativismo judicial.

Por fim, conclui-se que o *iura novit curia* expressa a gênese pelo qual o juiz cria o direito objetivo processual (função administrativa) através da decisão²⁰³³ (função judicial). Cria-se, desse modo, direito pela decisão judicial, a partir da autoridade judicial em colaboração com as partes do processo. Buscou-se assim superar a visão clássica²⁰³⁴ do princípio do *iura novit curia*, tradicionalmente defendida, para uma visão que compreenda os fenômenos da existência. A proposta é que a fundamentação das decisões judiciais criativas dependem fortemente da participação processual dos litigantes no debate.²⁰³⁵

especificamente. La actividad cognoscitiva es diferente según tenga por objeto entidades o fenómenos empíricos y observables o mensajes lingüísticos (3). Cuando lo que se trata de conocer son estos últimos (como sucede en los procesos de aplicación del Derecho), es importante diferenciar las dificultades que en la comunicación puede introducir el emisor del mensaje de las que pueden aparecer como consecuencia del receptor del mismo. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.129)

²⁰³³Adicionalmente, se advierte una aplicación dinámica del principio *iura novit curia*, pues contemporaneamente la judicatura ya no se limita a utilizar el principio únicamente al momento de sentenciar el proceso, sino que la oportunidad de su aplicación es diversa, siendo que comprende la etapa postulatória, probatoria, decisoria, e incluso en la fase de ejecución; asimismo, su ámbito de aplicación comprende tanto las normas materiales como las procesales, así como también ya no se limita a los actos postulatórios de la demanda y la contestación, sino que se extiende a los medios de defensa de forma (excepciones procesales), así como a las pretensiones nulificadoras y otros supuestos bastante polémicos. (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> P.3)

²⁰³⁴Visão tradicional muito bem aqui expressada: No obstante, ya se advirtió desde el comienzo que era algo más que eso. La función procesal del principio *iura novit curia* (dicho llanamente, que el Juez se encargue de los materiales jurídicos) depende, en última instancia, de que sea posible el conocimiento del Derecho por el Juez. Con ello se consigue expresar, por un lado, que el órgano jurisdiccional cuenta con normas preexistentes al acto de aplicación concreto que le permiten adoptar la decisión indicándole el sentido de ésta, normas que le son proporcionadas por las autoridades normativas titulares de la función legislativa; y, por otro, que el Juez debe someterse, para adoptar su decisión, a esas normas jurídicas. (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.127)

²⁰³⁵Nuestra propuesta es que la justificación de este tipo de decisiones judiciales depende fuertemente de la participación procesal de los litigantes en el debate normativo. Copiando a DAMASKA diremos que cuanto más fuerte sea la “voz” de las partes en el proceso, más cerca estaremos de una decisión correcta. Las teorías dialécticas

7 - Direito Subjetivo e Direito Objetivo: a passagem para o direito objetivo processual²⁰³⁶

E noi dobbiamo arrivare alla triste conclusione che la nostra età *non vuole il giudizio*.²⁰³⁷

O Direito Objetivo cuida de ordenar os interesses da sociedade²⁰³⁸, traduzindo as necessidades²⁰³⁹ do homem (individuais, que cambiam com o passar dos tempos) e apresentando soluções abstratas aos conflitos de *interesse* através da lei, criada pela autoridade legislativa.²⁰⁴⁰ O interesse é a força de atração exercida pelo homem sobre determinado tipo de

y consensuales, que ayudan a preservar la imparcialidad judicial, pueden ser mejor aplicadas a los procedimientos con alto componente de creación legal. Si éste es el escenario de la juridicidad actual (creación de derecho) y si convenimos en que un cambio de paradigma es improbable en el futuro cercano, es menester ampliar las condiciones que posibiliten el control del razonamiento judicial. Y es que “nada hay más distorsionador para el funcionamiento del estado de derecho que el hecho que las decisiones judiciales se interpreteCRn como motivadas por razones extrañas al derecho y las argumentaciones que tratan de justificarlas como puras racionalizaciones”, de ahí que urja proteger la credibilidad de las razones jurídicas, controlando los motivos por los cuales los jueces actúan. Desde nuestra perspectiva, el juez debe hacerse cargo de las pretensiones —también de subsunción normativa— de las partes en el proceso. Si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, si la propia consecuencia jurídica constituye un abanico de opciones para el juez, entonces los protagonistas del debate procesal tienen algo que decir al respecto y el juez debe incluir esos argumentos en su decisión, asumiéndolos como propios o refutándolos adecuadamente. (MEROI, Andrea A. Iura Novit Curia y Decisión Imparcial. *Revista Ius et Praxis*, ano 13, n.º 2, 2016. Pp.379-390. P.389-390)

²⁰³⁶El derecho ha existido desde que el mundo es mundo, y, mientras el mundo sea mundo, deberá existir. (CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948. P.9)

²⁰³⁷SATTA, Salvatore. *Soliloqui e Colloqui di un Giurista*. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.64.

²⁰³⁸O Estado tem interesse em que o direito objetivo seja atendido tal qual é, e para isso estabelece exames de *quaestiones iuris*. Tendo monopolizado a aplicação das regras jurídicas, cabe-lhe decidir os pleitos em que se alguém direitos e deveres, pretensões se obrigações, ações e exceções. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.P.48)

²⁰³⁹...el derecho es creado por el hombre y para el hombre, traducida en sus necesidades y los medios adecuados para satisfacerlas. (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P.2)

²⁰⁴⁰Il diritto oggettivo é norma che regola i rapporti fra gli uomini, imponendo loro doveri o riconoscendo loro diritti. E, al tempo stesso, norma che prevede fatti, al verificarsi dei quali i doveri o i diritti si costituiscono, si modificano o si estinguono. Così ad esempio, nella norma dell'art. 2043 del código civile: essa fa riferimento a «qualunque fatto doloso o colposo, che cagioni ad altri un danno ingiusto»; ed al verificarsi del fatto così descritto, qualificato anche come «fatto illecito», ricollega l'obbligazione, per il danneggiante, di risarcire il danno ed il correlativo diritto del danneggiato di ottenere il risarcimento. I fatti giuridici. Si suole definiré, nei termini più generali, come fatto giuridico ogni accadimento, naturale o umano, al verificarsi del quale ordinamento giuridico ricollega un qualsiasi effetto giuridico, costitutivo o modificativo o estintivo di rapporti giuridici. Fatto giuridico può essere un accadimento naturale, del tutto indipendente dall'opera dell'uomo. Se un fiume, ad esempio, trasporta terra da monte a valle, modificando l'estensione dei fondi rivieraschi, i proprietari dei fondi a valle acquistano la proprietà della maggiore estensione che il loro fondo ha ricevuto (art. 941): qui nuovi diritti di proprietà si sono costituiti come conseguenza di un semplice evento naturale, al di fuori di ogni concorso dell'opera dell'uomo. Può anche accadere che il concorso dell'opera dell'uomo ci sia, ma che resti giuridicamente irrilevante: così, ad esempio, il proprietario del suolo acquista la proprietà dei frutti naturali che da esso provengono (art. 821); ma ne acquista la proprietà per il solo accadimento di un fatto naturale, quale la nascita dei frutti del suolo, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di frutti spontanei (come può accadere per alberi, arbusti ecc.) o che siano il prodotto dell'opera di coltivazione (come nel caso del grano, degli ortaggi ecc.) (art. 820). Fatto giuridico può essere, inoltre, un fatto umano. E il caso in cui la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto giuridico si produce solo come effetto di un consapevole e volontario comportamento dell'uomo. E, ad

bem, que advém de um juízo valorativo deito por este quanto à potencialidade do bem satisfazer a sua concreta necessidade, e este bem é hierarquizado pelo direito objetivo a partir de sua utilidade na sociedade.²⁰⁴¹

Dessa maneira, no sentido objetivo “... o direito é a regra a que devem obedecer atos humanos, para que produzam certos efeitos, ou que atribui certos efeitos a fatos ou atos, relevantes para a vida humana”²⁰⁴², sendo uma técnica de controle do comportamento humano

esempio, il già menzionato «fatto doloso o colposo» o «fatto illecito» di cui all'art. 2043: qui il termine «fatto» è usato con riferimento ad un comportamento umano, sia esso doloso (ossia intenzionale) oppure colposo (ossia dovuto a negligenza, imperizia o imprudenza). Altrettanto si può dire per l'acquisto della proprietà (per occupazione, come vedremo) delle cose di nessuno: il pescatore, ad esempio, diventa proprietario del pesce che cattura; e ne diventa proprietario per effetto di un fatto consapevole e volontario, come è appunto la cattura del pesce. La categoria così delimitata è, a sua volta, un punto di partenza di molteplici classificazioni. Si distingue fra fatti o atti leciti e fatti o atti illeciti, a seconda che siano conformi oppure contrari al diritto; si distingue fra comportamenti discrezionali e comportamenti dovuti (comunemente detti atti dovuti), a seconda che il soggetto sia libero di compierli oppure vi sia obbligato (tipico atto dovuto è il pagamento di un debito). Tutti i fatti umani fin qui considerati producono effetti solo in quanto siano fatti consapevoli e volontari dell'uomo, indipendentemente dalla circostanza che l'uomo ne abbia voluto gli effetti giuridici e, anzi, anche se l'autore del fatto non li voleva affatto. Così il fatto illecito produce l'effetto di obbligare chi lo ha commesso a risarcire il danno cagionato solo in quanto fatto doloso o colposo, e questa obbligazione sorge quantunque non possa dirsi che l'autore del fatto abbia voluto un simile effetto. I fatti giuridici producono effetti nei confronti del soggetto che li ha posti in essere solo presupposto che questi goda della capacità naturale di intendere e di volere. Ciò si desume dall'art. 2047, che esonera da responsabilità per fatto illecito l'incapace di intendere e di volere. Se ne arguisce che basta la capacità naturale di intendere e di volere affinché si producano gli effetti dell'occupazione, dell'invenzione e così via. (GALGANO, Francesco. **Istituzioni di Diritto Privato**. 2ª ed. Milani: Cedam, 2002. P. 17-19)

²⁰⁴¹Ahora, cuando el hombre hace el juicio de valoración y llega a la conclusión de que determinado bien es apto para satisfacer su necesidad ello genera subjetivamente en el una atracción por el bien, es decir, una capacidad desiderativa que puede ser calificada de interés el hombre solo tendrá interés y por lo tanto una posición favorable, cuando haga un juicio de valoración y llegue a la conclusión de que determinado bien es apto para satisfacer su concreta necesidad, porque, de lo contrario, el hombre no tendrá ninguna atracción por el bien, pues si el bien no es apto para suprimir la necesidad no existirá posición favorable. Dicho de otro modo, para que exista una posición favorable para la satisfacción de una necesidad es necesario que, ante todo, el bien sea apto para satisfacer esa necesidad (y esa aptitud es hecha por un juicio de valoración), porque si el bien no fuere apto para satisfacer esa necesidad, no generara atracción en el hombre, por lo que no habrá ninguna posición favorable en el. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P.18-19)

²⁰⁴²MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. P.12.

que consiste em avaliar positivamente os comportamentos,²⁰⁴³ instituindo parâmetros de exigência, que se expressam como deveres.^{2044,2045}

A pessoa, pelo direito objetivo, está *submetida* ao direito, que é produzido pela autoridade do Estado – legislativo a partir da separação dos poderes – e que faz nascer a *lei*. A lei, no último século, ganhou uma expansão jamais vista, na busca de aderir e regular todos os campos da vida.²⁰⁴⁶

²⁰⁴³Il diritto oggettivo ossia l'ordinamento giuridico è una técnica di controllo del comportamento umano consistente nel qualificare doverosi (cioè nel valutare positivamente) a) i comportamenti desiderati e, nel caso in cui questi non sino tenuti, altri comportamenti, eventualmente anche al) di terzi che tendano a produrre un risultato fattuale equivalente (diritto civile in senso lato); oppure b) altri comportamenti, eventualmente anche b1) di terzi, la cui minaccia possa indurre a tenere quelli desiderati (diritto penale in senso lato). Nell'un caso nell'altro può prevedersi, a generalmente si prevede, onde la técnica in questione risulti più adeguata al controllo del comportamento umano (principio di effettività), che i comportamenti di terzi si estendano all'applicazione di coazione fisica sulla persona il cui comportamento s'intende controllarne, fino (in certi ordinamenti) alla sua messa a morte. (TAVORMINA, Valerio. **Diritto e Processo** (uno schema di teoria generale). **Rivista di Diritto Civile**, 2009, n.º1, P. 119)

²⁰⁴⁴Il parâmetro della doverosità di um comportamento è un modelo di comportamento imputato al singolo (eventualmente per um período di tempo determinado: e.d. prescrizione dei diritti e delle azioni) dalla norma, la quale descrive in termini generali (tramite inclusioni ed esclusioni: ad esempio si deve pagare a meno che non si sai già pagato) al risultare di quali fato (compresi tra questi comportamenti umani) e (differenti) doveri um soggetto deve tenero um certo comportamento. I che più propriamente significa che qualsiasi suo comportamento non collimante com il modelo, cioè com quello descritto come doveroso, será valutato negativamente. (TAVORMINA, Valerio. **Diritto e Processo** (uno schema di teoria generale). **Rivista di Diritto Civile**, 2009, n.º1, P. 119-120)

²⁰⁴⁵Objetivo es, así algo que ha sido tirado delante de uno con el fin de obstaculizarle la marcha. El individuo que encuentra en su camino un obstáculo se apresta y encoge para sobrepasarlo. Y cuando el obstáculo se lo encuentra un grupo humano, sea un obstáculo natural, sea un obstáculo artificial, puesto desde dentro o venido desde fuera, provoca la unión del grupo, elimina las suspicacias y fomenta la solidaridad de todos para que todos puedan continuar el camino. El obstáculo común es prueba de imparcialidad. Lo objetivo es así sinónimo de lo imparcial. El significado profundo del término objetivo consiste en la imparcialidad de lo exterior. Tal significado se ha impuesto muy principalmente por el hecho de haberse venido hablando desde la baja edad media del derecho objetivo. Pues se califica de objetivo al derecho, cuando en él, o en la parte de él a que así se califica, brilla la imparcialidad. O sea, la cualidad de excluir lo que beneficia a unos en perjuicio de otros, por acabar compensando los beneficios y los sacrificios de todos, según los diversos momentos, estados o situaciones de la comunidad. En resumidas cuentas, el derecho objetivo es, así, el derecho que es imparcial. Derecho objetivo es el derecho que se tira, que se pone, que se arroja, que por así decir se extiende delante de todos los que tienen pretensiones encontradas, con el ánimo de poner en sus caminos diversos obstáculos imparciales y compensados, que creen frenos alternados en beneficio de la igualdad de oportunidades de todos. Y tal cualidad es precisamente la que especifica a la norma. El derecho objetivo es un conjunto de normas, entendidas como el conjunto de elementos que forman un cauce, en el que se compensan las fuerzas desiguales de los miembros del grupo, creando lo que se llama una igualdad de oportunidades, según una comezón que bulle en la noción misma del derecho, desde los orígenes. (PUY, Francisco. **Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo**. Disponível em <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/468/13.pdf>> Acessado em: 28/01/2018. P.127-128)

²⁰⁴⁶Compreenda-se que quanto mais progride uma sociedade, e com ela o direito, tanto mais se multiplica o número das leis. A comparação entre um código antigo e um código moderno, ou ainda entre um sistema de códigos modernos, coloca em evidencia esta multiplicação. A legislação arcaica romana estava contida ne famosa Lei das XII Tábuas, um monumento legislativo bastante anterior a um código babilônico que leva o nome do rei Hammurabi, que viveu mais de dois mil anos antes de Cristo e contém pouco mais de uma centena de artigos. Se tivéssemos de contar, pelo contrário, os artigos de que se compõe a legislação italiana atual, chegamos, sem dúvida, a centenas de milhares. Em determinados momentos, em países de leis escritas, cada uma das proposições das leis, chamadas exatamente artigos, agrupam-se em certos conjuntos que são os modernos códigos. [...] Até certo ponto, esta multiplicação das leis é um fenômeno fisiológico: as leis se multiplicam como os utensílios de que nos servimos em nossa casa ou no exercício das profissões. Não se pode negar, contudo, que mais além desse ponto se verifica com respeito das leis algo que se assemelha à obstrução das ruas de nossas cidades pelo excesso de veículos que as abarrotam. Hoje, fala-se cada vez com maior insistência, em uma crise da lei como um dos

O Direito Subjetivo, por seu turno, significa algo que está *à disposição da pessoa*, ou seja, *o direito* à disposição do indivíduo.²⁰⁴⁷ O termo, como *direito* no sentido em que conhecemos hoje (como poder), data do século XIX, como atributo de um sujeito (*subjectum juris*); como direito que existe para o benefício dele próprio. *É o signo do triunfo do sistema individualista.*

Antes desta concepção individualista de direito subjetivo, os juristas romanos já falavam da existência dos direitos subjetivos como *vontade*, mas esta *vontade* era expressada numa ideia de *ius* muito diferente da concepção individualista de direito subjetivo como

aspectos mais visíveis da moderna crise do direito. Também este pe um tema acerca do qual devo me limitar a uma insinuação, já que não poderia nem estendê-lo nem aprofundá-lo, precisamente porque constitui um dos problemas mais graves que se apresentam à ciência do direito. (CARNELUTTI, Francesco. **Como Nasce o Direito**. Belo Horizonte: Lider Cultura Jurídica, 2001. P. 43-44)

²⁰⁴⁷Y lo subjetivo ¿qué es? Subjetivo es un adjetivo con una carrera semántica paralela a la de objetivo. Procede del latín escolástico subiectivus, que procede a su vez de subiectum, participio pasivo ahora del verbo subiicio. Donde sigue presente la raíz iacio. Pero el prefijo sub- cambia la semántica. El obiectum es lo que está fuera de uno, frente a uno o contra uno. En cambio el subiectum es algo que está bajo uno, sometido a uno, a disposición de uno. Subiectus, o sujeto, es así el que está sometido a uno en todos los sentidos. Y desde luego tanto en sentido físico como en sentido lógico. Así se ve muy claro en francés. En esta lengua, le sujet es tanto la materia de un discurso, como la causa agente de un movimiento, como la persona subordinada al estado. En castellano y gallego el sujeto es, en general, sólo la persona. Por cierto que detrás de esta equivalencia entre sujeto y persona hay algo que nos choca a nosotros hombres actuales. Nosotros no queremos ser sujetos, es decir, sometidos a nadie. Un sujeto es un súbdito, término que connota una idea opresora. En el mundo actual, pensamos, no puede haber súbditos, como en el antiguo régimen. Ahora hay ciudadanos, hombres libres en el estado y no súbditos de los reyes. Sin embargo, todo el mundo antiguo y medieval no tiene a menos considerar al hombre un sujeto o sometido, porque tal sometimiento lo es respecto al único señor que no humilla, sino ensaiza a los que se someten: Dios. El hombre es siempre un sujeto. Y se quiere decir: una criatura sometida al creador. Así lo pensó el mundo creyente. Y ello vale antes y después de la revolución burguesa. Pero la influencia de ésta en el derecho no puede desestimarse, o no se puede entender lo que significa el derecho subjetivo. Subjetivo, en efecto, es una palabra rara en el mundo de la cultura hasta que la lanza al éxito la filosofía ilustrada y en especial Kant, cuyo pensamiento es un impresionante análisis de los Subjetivo. En eso consiste su revolución copernicana. Pero dejemos aparte esta alusión filosófica, inevitable por la importancia de Kant para la ciencia alemana del derecho, que ha sido por un siglo la ciencia del derecho simpliciter. Lo cierto es, que en la tradición jurídica general, decir que algo tiene carácter subjetivo (a diferencia de objetivo) es decir que tal cosa se halla puesta bajo la persona y a su disposición. Decir subjetivo es decir, valga la redundancia, algo puesto bajo un sujeto. Si algo es subjetivo, es que se trata de algo que está, de alguna manera, a disposición de una persona, en la esfera de su libre albedrío, en el dominio de su voluntad. (PUY, Francisco. **Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo**. Disponible em < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/468/13.pdf>> . Acessado em:28/01/2018. P.129-130)

poder.^{2048,2049,2050} Guilherme de Ockam é quem cria o conceito moderno de direito subjetivo, baseado na noção de direito subjetivo como *poder*. A partir deste, o direito passa de um bem

²⁰⁴⁸Que devemos entender precisamente por direito subjetivo? Existe uma grande diferença entre a idéia de direito subjetivo e o *jus* do direito romano clássico. O *jus* está definido no *Digesto* como aquilo que é justo (*id quod justum est*); aplicado ao indivíduo, a palavra designa a parte que deveria ser-lhe atribuída (*jus suum cuique tribuendum*) com relação aos outros neste trabalho de repartição (*tributio*) entre vários que é a arte do jurista. Esta parte pode também comportar encargos: receber o direito de cidade (*jus civitatis*) é aceitar também sua sombra, o que implica, com relação à coletividade, a obrigação de fazer o serviço militar. Não é apenas uma bênção ser ministro, reitor de uma universidade, proprietário de uma empresa, de um imóvel ou mesmo de um carro. Para me exprimir ao modo dos sociólogos contemporâneos, o direito constituía uma função social, uma *relação* com os outros. [...] o *jus* não evoca mais o dever que a lei moral nos impõe mas o contrário, uma *permissão* que a lei moral nos deixa - uma *licentia* - ou uma liberdade - *libertas*. A ciência abstrata dos modernos isola no direito o *benefício* que ele constituirá para o indivíduo (VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.142)

²⁰⁴⁹Tengo por extraordinariamente sugerentes estas tesis de D'Ors. Hasta el principado no tiene sentido la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo. *Pero cuando el emperador asume la creación de un derecho objetivo, es cuando surge la necesidad de pensar en un derecho subjetivo, que no se consolida hasta Justiniano. Ahora bien ¿desde cuándo tiene entidad? Pienso que el impacto cristiano no se debe olvidar, y que el derecho subjetivo arranca desde Constantino. Pues tengo la impresión de que el derecho subjetivo es una noción cristiana. Es el cristianismo el que pone en marcha su típica concepción de la persona, no para crear una dicotomía perturbadora; sino para resolver el problema que ha planteado la objetivación rabiosa del derecho, desarrollada desde ya tres siglos antes por los emperadores, a partir del mismo Octavio Augusto. Por eso me llama la atención que en sus últimas manifestaciones sobre el tema, de hace sólo unos meses, diga D'Ors literalmente que la noción del derecho subjetivo no es romana, aunque parece insinuarse en la época de Justiniano, y que su elaboración parece deberse a la doctrina jurídica protestante. Pienso que no hay tal. Lo que hay de protestante en tal doctrina se debe a lo que hay, antes del protestantismo, de cristiano-medieval y antes aún de cristiano-bizantino y cristiano-romano. ¿Qué ocurre, pues? Que la historia del derecho romano es multiseccular, nada más. Y a lo largo de ella ha tenido muchas caras. Y sin darle su nombre, siempre ha tenido lo que hoy se llama derecho subjetivo. En efecto, cuando el derecho romano ha sido un derecho sacral trascendentalista y iusnaturalista, como así lo ha sido en su gran trecho inicial, es un sistema en que el derecho subjetivo produce la acción, que es el derecho de perseguir en juicio lo que le es debido a uno. De aquí se desprende que la acción sólo corresponde a quien tiene un derecho subjetivo; y que todo el que tiene un derecho subjetivo, puede accionar, es decir, puede hacerlo valer procesalmente. Pero cuando el derecho romano, en el periodo clásico ha sido un derecho tecnocrático, immanentista y positivista, entonces se ha convertido en un sistema de acciones: y ahí el derecho subjetivo resultaba de la acción. Ahora el derecho subjetivo es una proyección de la acción; y no al contrario, como antes. De forma que, posee un derecho subjetivo el que está protegido por una acción: y sólo ese tal. Pero eso no ha sido siempre, ni antes ni después. De ser ello así, el problema en que se debate D'Ors es que se ha encerrado en la idea de que el derecho romano (todo) es (solamente) un sistema de acciones porque derecho es sólo lo que dicen los jueces.* (PUY, Francisco. **Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo**. Disponível em <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/468/13.pdf>> Acessado em:28/01/2018. P.132-133)

²⁰⁵⁰A jurisprudência romana – como diz SHULZ – não fundava seu método na interpretação de normas escritas dotadas de autoridade, radicando a sua sabedoria, pelo contrário, no fato de que os juristas, em princípio, gozavam de autoridade para criar e modificar o direito (o direito legislado não merecendo, então, maior consideração). Ainda na época clássica persistia a crença de que uma pessoa competente e verdade na técnica jurídica possuía a percepção intuitiva do que fosse o direito – não um dom que pudesse exercer sem esforço, mas a consequência da mais acurada atenção intelectual exercida de maneira consciente e continuada. Nem é difícil, parece, deparar com a mesma crença o direito anglo-saxão. Basta ler as palavras que, na manhã de 10 de novembro de 1612, dirigiu COKE ao rei JACÓ I, em resposta a afirmação deste de que se o direito estava fundado na razão, também ele, o rei, podia criar direito, por ser tao capaz de pensar como um juiz. Respondeu-lhe COKE que as causas que se referiam à vida ou à aquisição por herança de bens ou fortunas de seus súditos não se poderiam resolver pela razão natural, mas pela razão artificial do pensamento jurídico, uma arte que requeria muito estudo e demasiada experiência antes que alguém se julgasse capaz de dominá-la. Mas não só o conceito de *ius*, e, mais concretamente, o de *ius civile*, se exige como um instrumento para a captação da realidade jurídica em âmbitos diferentes do mesmo direito romano, senão que, neste, a manifestação de outra constante histórica se apresenta com um extraordinário valor paradigma. Referimo-nos ao conceito de *ius honorarium*, com efeito, representasse apenas um fenômeno peculiar ao direito romano, de pouco ou nada nos serviria. O que acontece, porém, é que é ele uma realidade que nesta obra tratamos de captar e sublinhar – referida, a, em última instância, à nossa própria

atribuído segundo o merecimento para se tornar o poder que se tem sobre os bens, ou o poder de impô-lo a observância dos demais. Passa-se da *vontade* ao *poder*.²⁰⁵¹

O paradigma racional adere em sua filosofia a subjetividade - Hegel, virtuoso da história da filosofia, associava ao surgimento do Evangelho e da Igreja cristã o advento do *subjetivismo* - e o renascimento tira Deus do centro e coloca o homem, a razão- o declínio da doutrina cristã individualista para um individualismo moderno, centrado no homem.²⁰⁵² Nessa etapa, filósofos como o nominalista Hobbes marcam uma filosofia onde o ser centra-se menos na comunidade e volta-se si mesmo, em sua vida privada.²⁰⁵³

jurisprudência (BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977. P. 92-93)

²⁰⁵¹...la primera consecuencia, que el *poder* concedido por la orden jurídica (derecho objetivo), de hacer valer o no un precepto que establece un determinado comportamiento, depende única y exclusivamente, salvo raras excepciones, tales como la representación legal de los incapaces y la figura del sustituto procesal, de la voluntad del titular de este poder. La segunda consecuencia, y la más importante para nuestro estudio, es la de que el derecho subjetivo es un *status* jurídico del que goza el titular del poder, no implicando necesariamente la idea de ejercicio de este poder. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P.49-52)

²⁰⁵² O nominalismo não se encontrava numa tão completa oposição à concepção do direito oriunda dos estudos bíblicos, pois esta última já era individualista, centrada não na ordem interna da cidade, mas na conduta dos indivíduos. Sua tradição perdurará secularizada, engrossada pela contribuição da moral dos estóicos. A doutrina jurídica moderna persiste em conceber o direito como um conjunto de regras de *conduta* impostas aos indivíduos. Mas devemos observar, aqui, que nem o individualismo cristão, nem o estóico, eram *absolutos*. Quando a moral cristã se dirige ao indivíduo é para ditar-lhe seus *deveres* e propor-lhe um fim supra-individual: esta espécie de fusão com Deus que é o termo final da vida cristã, com o "corpo místico", com os outros. [...] Não diremos que a cultura humanista do século XVI já fosse semelhante à nossa: menos orgulhosa, continuava a inspirar-se fortemente na Antiguidade. Mas, relativamente aos renascimentos dos séculos XVI e XIII, o Renascimento do século XVI caracteriza-se pela escolha que fez de seus autores. Embora Aristóteles ainda não tenha sido esquecido, seu *reinado* esmorece: demasiado filósofo para o gosto burguês, e comprometido pelas glosas que dele fizera a escolástica. Em contrapartida haverá no século XVI um vivo interesse por Platão, o que acarretará graves consequências para a filosofia (sua doutrina sendo uma das fontes do idealismo moderno) e mesmo para as ciências (Koyré). E para o direito: se o direito moderno tomou a forma de um sistema ideal de normas, alijado da experiência concreta, o renascimento platônico não é totalmente isento de responsabilidade. [...] O que a filosofia moderna emprestou do Renascimento? Recapitulemos: a) O *humanismo*. O humanismo se interessa pelos homens. Inicia-se a época da exaltação do Homem, que vai substituir Deus. Como escreveu Michel Foucault (na verdade para um outro momento da história moderna), a literatura dessa época vai focalizar-se no sujeito humano. b) O *individualismo*. Todos os seres humanos são autônomos. A "natureza do homem", que se tornará um tema privilegiado, será a natureza do homem isolado; mais ou menos "sociável", mas não mais "naturalmente político". O que convinha às condições da vida burguesa: o burguês moderno, ao contrário do homem medieval, deixa de estar preso a liames (as comunidades senhoriais). Crê depender menos dos outros. Pode aspirar a viver por si mesmo. (VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.129-130)

²⁰⁵³El poder político, que em el transcurso de la Edad Moderna se fue convirtiendo cada vez más en Estado – es decir, en una entidad totalizadora tendente a controlar todas manifestaciones de lo social - , mostró un creciente interés por el derecho y, con extremada lucidez, lo reconoció como un pilar precioso de su misma estructura. Un interés que se incrementó tan considerablemente que, a finales del siglo XVIII, tras haber desmentido decisivamente las actitudes multiseculares se habían conservado hasta la clausura del Antiguo Régimen, logró conseguir el pleno monopolio de la dimensión jurídica. Es en efecto por esos mismos años cuando, de entre las múltiples mitologías laicas inauguradas por la Revolución de 1789, se impone con ventaja y nitidez la legislativa. La ley – esto es, la expresión de la voluntad del poder soberano – se identifica axiomáticamente con la expresión de la voluntad general, convirtiéndose en el único instrumento productor de Derecho merecedor de respeto y reverencia y en objeto de culto por el hecho de ser ley y no por la respetabilidad de sus contenidos. De esta manera, una vez identificada la ley con la voluntad general, se consiguió la identificación del derecho con la ley, y se

O direito natural embasa o nascimento dos direitos subjetivos, como direitos que pré-existem ao Estado. Para o direito natural, a ideia de Estado vem calcada na necessária proteção dos direitos inerentes ao indivíduo, como o afirmado na Revolução Francesa. Porém, o direito subjetivo sobretudo com Hobbes – onde Estado reconhece direitos e deveres para evitar a guerra de todos contra todos - ganha a força, pois o direito serve tão somente para servir o cidadão. O direito objetivo é auxiliar, pois o direito subjetivo é o objetivo final.²⁰⁵⁴

Desse modo, surge o Estado garantindo no direito uma fonte de proteção e amparo ao cidadão. O direito, nesse sentido, perde qualquer sentido de justiça ou de convivência social, para se tornar o marco de proteção do ser em face do Estado: o direito não é mais a solução justa, mas o conjunto de leis.²⁰⁵⁵

conseguiu, asimismo, su completa estatalización. (GROSSI, Paolo. **La Primera Lección de Derecho**. Barcelona: Marcial Pons, 2006. P. 18-19)

²⁰⁵⁴Entre o aparato das leis morais do antigo sistema clerical e as leis do Estado moderno há uma diferença de natureza. Suas *funções* são diferentes. A lei bíblica tinha por função conduzir os homens à salvação. Não existia nada acima dela. Era como um embaixador de um outro mundo transcendente. Pois esta lei, quer se trate, de resto, de um preceito natural imutável ou de uma "lei humana" adaptada às circunstâncias temporais, escrita ou não, dotada ou não de sanções temporais - era pretensamente derivada da lei divina. Ao contrário, no sistema de Hobbes, a lei estatal limita-se a um papel puramente *instrumental*. O próprio Estado e todas as leis que está destinado a produzir não foram feitas senão para servir às intenções dos contratantes. Acima das leis há o objetivo em vista do qual as leis foram feitas. O "direito objetivo" é auxiliar. O direito subjetivo é o objetivo final. [...] nos filósofos, a partir de Kant e Fichte, e no discurso político, a palavra direito será sobretudo usada no sentido de direito *inato*, produto de uma filosofia da Razão pura. Definição corrente do direito: um sistema de direitos subjetivos associados com seus instrumentos, quer dizer, com as leis que os garantem, contanto que estas não lhes imponham limitações. Mas, para compreender a natureza dos direitos subjetivos, devemos remontar às suas origens, os direitos naturais dos indivíduos. [...] Podemos formar do estado de natureza (pois tudo é permitido neste gênero de construções hipotéticas) uma imagem menos pessimista. Trinta anos depois de Hobbes, Locke, outro grande filósofo inglês (*Dois tratados sobre o governo** - 1690), nos apresenta um quadro bem menos sombrio deste estado. Para Locke, antes do contrato social e da criação do Estado, já existiria um começo de ordem social: *direitos* distintos, pré-constituídos já no estado de natureza. Coloquemos agora a palavra no plural. *Os direitos* naturais dos indivíduos. Fruto do casamento do sistema de Hobbes e da Escola do direito natural, Locke mescla ao sistema de Hobbes um argumento emprestado de Grócio, que se dedicara a deduzir da lei *natural* a existência de direitos subjetivos naturais ao indivíduo. Acaso Deus não impôs a cada homem, por meio da lei natural (oportunamente confirmada nas Sagradas Escrituras), o dever de se conservar, de crescer e de se multiplicar? Donde se deduz que o homem recebeu os *meios* de crescer e de prosperar, quer dizer, os direitos indispensáveis ao exercício destes deveres.[...] E o *estado-policial*. Por que, nesse caso, o contrato social e o Estado? Não mais para *constituir* direitos (estes preexistiam no estado de natureza), mas para que estes direitos sejam garantidos pela força pública, pelo estado-policial. Sua razão de ser é a de conservar os direitos naturais dos indivíduos. Enquanto em Hobbes os contratantes, a fim de escapar aos sofrimentos do estado de natureza, renunciam a seu direito natural, com Locke os proprietários exigirão do Estado proteção para suas propriedades "naturais. (VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.144-149)

²⁰⁵⁵Assim, a doutrina do direito de Aristóteles e dos juristas romanos clássicos viu-se *repudiada*. Seguiu-se uma reviravolta na teoria das fontes do direito. Enquanto, em Roma, eram sobretudo o juiz e os juriconsultos que buscavam soluções de direito, estas procederão de agora em diante do legislador: "positivismo jurídico". Inversão não menos total do conceito do *direito*. O direito não será mais a solução justa (*dikaion - id quod justumst*), mas o conjunto das *leis*. Quais leis? Não mais a Torá nem a lei natural moral, mas as leis *postas* pelo Estado para instituir a ordem social. Mudança de método e de linguagem na ciência do direito. Agora o que está em questão é a finalidade do direito. A resposta é simples: aqueles que, por contrato, quiseram a maquinaria do direito pretendiam, com este artifício, fugir do estado de natureza. Tinham em vista o próprio interesse. O direito é *para* o indivíduo. Esta solução se impunha no nominalismo; só é *real* o indivíduo. (VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.141)

Assim, o direito natural deixa de ser uma disciplina moral e se transformou em uma genuína disciplina jurídica, após o advento do Estado, na medida em que os direitos subjetivos dos indivíduos preencheram o vazio resultante da perda do direito natural. Invasão da ciência na linguagem do direito retira o justo. Substituiu-se a linguagem do *ius civile* pela linguagem da moral e, em seguida, pela linguagem das ciências. A ordem social aparece agora constituída, não por uma rede de proporções entre os objetos partilhados entre as pessoas, mas por um sistema, por um lado, de poderes subordinados uns aos outros e, por outro, de leis provenientes dos poderes.

Principalmente a partir do século XIX a ideia do direito vem sempre associada ao poder, e não ao justo; Savigny, por exemplo, diz que é um poder do indivíduo. A doutrina pandectista alemã foi influenciada diretamente por esse conceito, pois tinha como preocupação doutrinal o estudo e o desenvolvimento do direito subjetivo: “ *El derecho subjetivo es la facultad jurídica que consiste en un poder individual de regular un cierto comportamiento ajeno, según un orden objetivo.*”²⁰⁵⁶

A partir da perspectiva posta, pode-se dizer que o *direito subjetivo* é uma técnica que o legislador se utiliza para fazer efetivo o enunciado de uma norma jurídica, tendo correlação íntima e necessária com o direito objetivo, pois o direito subjetivo existe por uma decisão do direito objetivo ²⁰⁵⁷ “*Direito objetivo é fato do mundo político, que leva às fronteiras do mundo jurídico e o causa, o compõe, pois que da incidência ao direito objetivo (= das regras jurídicas) é que resultam os fatos jurídicos, o mundo jurídico. Direito subjetivo, já, é efeito dos fatos jurídicos.*”²⁰⁵⁸

²⁰⁵⁶PUY, Francisco. **Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo**. Disponível em < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/468/13.pdf>> Acessado em: 28/01/2018. P.135.

²⁰⁵⁷Ma, oltre che come facultas agendi, il diritto subiettivo di giurisdizione dello Stato, si presenta come una pretesa in quanto ad esso corrisponde una obbligazione, che scaturendo anch'essa dai diritto processuale obiettivo, costituisce un obbligo o dovere giuridico dei cittadini come tali, l'obbligo cioè di agire, in conformità delle norme di diritto processuale obiettivo, che regolano l'esplicazione del. l'attività giurisdizionale dello Stato. Ne sono esempio l'obbligo che i cittadini hanno, quando iniziano o proseguono il processo, di compiere determinati atti processuali; l'obbligo che le parti hanno di instaurare un regolare contraddittorio; in una parola: tutti gli obblighi che costituiscono i precedenti della instaurazione del processo, ovvero le attività necessarie allo svolgimento del processo rapporto intercedente tra lo Stato e il cittadino, in forza del diritto di giurisdizione al primo competente, è un rapporto di diritto pubblico, in quanto lo Stato interviene nella esplicazione e nell'esercizio di un suo potere sovrano. Ma, l'esplicazione di tale potere sovrano, come abbiamo già detto, è disciplinato e regolato da tutta la serie delle norme del diritto processuale, sicchè si può dire che nessun diritto sia così particolarmente disciplinato e regolato, come il diritto di giurisdizione dello Stato, esistendo un numeroso complesso di norme di diritto processuale obiettivo, contenute in massima parte nel Codice di Procedura Civile, che particolarmente regolano l'esercizio di tale diritto. (ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Vol. I. Parte Generale. 2 ed. Roma: Editrice Torinesi, 1966. P. 238-239)

²⁰⁵⁸Só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica. Aqueles juristas (e são tantos) que discutem a distinção entre direito objetivo e direito subjetivo procedem como se discutissem a distinção entre o fogo e cinza, entre a corrente do rio e a erosão das margens. Direito objetivo é a regra jurídica, antes, pois, de todo o direito subjetivo e não-subjetivado. Só após a incidência de regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico, tornando-

Direito subjetivo²⁰⁵⁹ é uma vantagem objetiva²⁰⁶⁰, assim “...é todo direito de que a regra objetiva dota os sujeitos de direito, conferindo-lhes projeção própria, atuação voluntária ou não.”²⁰⁶¹; ou seja, uma técnica psicológica do ordenamento jurídico para fazer efetivo o enunciado no qual contém uma norma jurídica, concedendo uma vantagem.^{2062,2063} Pode-se apontar que o direito puramente subjetivo é o arquétipo legal que representa a limitação dos fenômenos da vida como *pretensões* apenas no direito como lei. O direito objetivo expressado pela lei, procura abarcar os horizontes contextuais para extenuar as ilações fáticos-fenômenicas, exasperando a cisão de fato e direito - o direito subjetivo assimila-se com as *pretensões pessoais* e o direito objetivo possui relação com a *autoridade do Estado*.

Entretanto, a *autoridade* do Estado para a produção do direito não se limita ao legislador. O juiz, na figura de *autoridade*, possui também legitimação para criar direito, o que se dá pelo

se fatos jurídicos. Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius*. O direito objetivo não é logicamente anterior ao direito subjetivo; é outra coisa: direito, na expressão direito objetivo, e direito, na expressão direito subjetivo, são duas acepções do vocábulo direito, dois fatos diferentes. Quando se fala em direitos subjetivos antes de leis é porque houve outra lei, antes deles, que, incidindo, produziu os fatos jurídicos de que esses direitos subjetivos emanaram. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. P. 04-05 e 21-22)

²⁰⁵⁹ O direito subjetivo é individualização da posição jurídica, o reconhecimento de que alguém, a quem o direito objetivo concede ou conhece tal posição, pode invocá-lo, não como sujeito ativo, e sim como sujeito passivo em que o direito se precisou, fazendo-se linha, em vez de umas das linhas indefinidas da superfície, e se localizou, tornando-se invocável e realizável, na espécie individual. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. P.16)

²⁰⁶⁰RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P.71.

²⁰⁶¹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. P.12.

²⁰⁶²Il vantaggio cui si riferiscono i diritti soggettivi ed interessi legittimi può consistere, istituzionalmente (per il caso di doveri strumentali) od accidentalmente (per il caso d'inadempimento dei doveri). ed in questo secundo caso in tutto o in parte, nella nascita (ope legis o su iniziativa del beneficiario) di doveri ulteriori (tipici quelli risarcitori) al cui adempimento il vantaggio stesso si trasferisce in tutto o in parte. Doveri (anche strumentali o finali) che vengono creati dall'esercizio di un potere normativo, il quale potere è chiamato anch'esso diritto (questo diritto potestativo) se il riflesso dei doveri che possono essere creati è quello descritto (ad esempio, il diritto alla liquidazione della quota societaria) ed altrimenti potere o potestà (ad esempio amministrativa, d'imposizione tributaria, punitiva). Diritto, interessi legittimi e poteri (tutti chiamati anche situazioni soggettive sostanziali) disponibili ed indisponibili da parte dei loro titolari, secondo che possano essere oggetto di rinuncia oppure no. In altra più restrittiva, benché almeno utile, definizione si parla di situazioni soggettive sostanziali disponibili se le stesse siano non solo rinunciabili, ma anche trasferibili a terzi (generalmente dal loro titolare). Segue peraltro che questo trasferimento non significa passaggio di un'identica situazione giuridica da un soggetto dell'ordinamento ad un altro: dato che la situazione è riflesso di doveri altrui e che questi cambiano necessariamente in caso di trasferimento ad altri del loro riflesso (ad esempio, dover consegnare una cosa a Tizio è comportamento doveroso diverso nella sua materialità dal doverla consegnare a Caio), trasferire un diritto significa sempre estinguere vecchi doveri e crearne di nuovi (la relativa vicenda va inclusa tra i fatti modificativi), anche se il loro contenuto è determinato per relativity (normalmente anche temporale) a quelli estinti. (TAVORMINA, Valerio. **Diritto e Processo** (uno schema di teoria generale). **Rivista di Diritto Civile**, 2009, n.º 1. P. 119-127)

²⁰⁶³A regra que manda abrir a tantas horas o jardim público e fecha-la a certo momento da noite, ou conservá-los sempre abertos, para que todos por eles passem, possam sentar-se, descansar, é direito objetivo. Os passantes, os frequentadores e os que deles se servem para ler, trabalhar, como as mulheres que aproveitam a sombra das árvores para coser ou vigiar as crianças, não tem direito subjetivo a isso, porque nem todos os direitos e posições jurídicas que se gozam são direitos subjetivos. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. P.12)

direito objetivo processual, reflexo da decisão judicial. Isso porque, precisamente, em razão da complexidade social e pela democratização da democracia, já não mais a mera instituição de direito objetivo é capaz de abarcar os fenômenos e corresponde-los na sociedade imbuídos por um sentido de *justiça social*. Corresponde na atualidade que o processo se torna um espaço público muito mais acessível que outras instituições do Estado, mais acessível para as discussões da sociedade.²⁰⁶⁴

Se o Processo civil serve para manter a ordem jurídica objetiva (concepção objetiva do processo), processo seria um poder, e não um direito, de outro lado, ou para a proteção dos interesses individuais (concepção subjetiva do processo) processo é um direito subjetivo e não

²⁰⁶⁴De nos jours, l'opposition à une norme adoptée démocratiquement dans un régime de droit (régime respectant les principes fondamentaux du droit naturel) mais considérée comme injuste est justifiée au nom de la « désobéissance civile », titre d'un ouvrage posthume de son théoricien Henry David Thoreau ; ce dernier refusa de se plier aux lois des États-Unis, estimant qu'elles violaient les droits fondamentaux de l'Homme en autorisant l'esclavage et en menant une guerre jugée colonialiste contre le Mexique. Au nom de ce même principe, Rosa Parks refusera le 1er décembre 1955 de céder sa place assise dans un bus en raison de la couleur de sa peau. Plus généralement, tout individu peut opérer ce même travail de disqualification de la règle en la confrontant à des normes qu'il juge supérieures. Dans la majeure partie des cas, le conflit se matérialise sous la forme de contestations verbales, de débats, de propositions de lois, ou prend la forme d'oppositions d'ampleur, mais légales (grèves, manifestations, ou discussions animées avec le pouvoir politique visant à le conduire à retirer ou modifier les règles décidées), le conflit se cantonnant ici au débat citoyen dans l'espace public. Mais il peut également revêtir une forme violente et illégale de désaccord avec la loi. L'association Droit Au Logement réquisitionne ainsi des appartements vacants, les « faucheurs volontaires » arrachent des plantes transgéniques, certains opposants à l'avortement s'enchaînent devant les hôpitaux... Jacques Ricot met alors en avant l'Antigone qui sommeille en chaque citoyen, tel le maire qui s'affranchit de la loi républicaine pour marier des homosexuels. Quelles que soient les raisons politiques ou idéologiques qui peuvent pousser à la révolte, la même notion de désobéissance civile est invoquée. Celle-ci, correspondant au droit de s'élever, de contester, au nom de la seule conscience individuelle, contre les lois de la cité, se lie souvent au droit naturel. On comprend aisément que cette idée de désobéissance civile, et donc de conflit avec la règle édictée, se manifeste de manière encore plus flagrante dans les régimes d'oppression, dictatoriaux. En effet, dans ces régimes où le pouvoir est usurpé par un tyran, il pèse sur les normes une présomption irréfragable d'illégitimité, la norme étant soit adoptée par voie démocratique mais par un Parlement dont les membres ont été élus dans des conditions douteuses, soit ne procédant pas du Parlement et n'étant pas adoptée démocratiquement. Dans un tel cas, le conflit avec la règle semble de rigueur et la simple contestation de celle-ci laisse place à la résistance à l'oppression. Cette idée trouve sa source dans le droit canonique ; Saint-Thomas d'Aquin affirme dans sa Somme théologique³¹ que « les sujets n'ont pas à [...] obéir [aux princes séculiers] si leur pouvoir est injuste ou usurpé, ou si ce qu'ils commandent est injuste ». Cette idée médiévale de résistance, de conflit au moins passif avec le tyran, considérée comme un droit naturel, est ensuite reprise par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Plus récemment, l'alinéa 4 de l'article 20 de la Loi fondamentale allemande, inséré par la loi du 24 juin 1968, est éclairant sur ce point : il dispose que « tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser » l'ordre démocratique et social de la République fédérale Allemande. La loi confère donc au justiciable le droit d'entrer en conflit avec la règle ; il est assurément légitime de contester une loi injuste, c'est-à-dire celle non adoptée démocratiquement ou adoptée dans un régime dictatorial. L'exemple des juges de Nuremberg, condamnant ceux qui avaient obéi aux lois iniques du IIIème Reich allemand³², ou encore celui du Général de Gaulle désobéissant aux lois de Vichy, conforte cette idée de conflit avec la norme au nom de valeurs supérieures. Mais quelle que soit la qualification du régime, de droit ou oppressif, le justiciable, parce qu'il opère un travail de confrontation entre la règle de droit et ses convictions personnelles, parce que cette règle ne remplit pas le rôle qui lui est assigné, entre nécessairement en conflit avec elle. Ainsi, la constatation demeure : la norme de droit, dans son établissement comme intrinsèquement, peut être source de conflit. Le Droit objectif, par sa seule fonction d'institution de règles de conduite s'imposant aux membres de la société, combinée à une nécessaire recherche de la Justice, engendre de façon inéluctable ce conflit. Celui-ci peut également résulter des droits subjectifs que le Droit objectif confère à ses destinataires. (DAUDET, Victor ; NAVARRE-BRAGER, Jeanne. L'idéal de Justice, poursuivi par le Droit objectif, porteur de conflit avec le justiciable. *Jurisdiction*, n.° 2, 2009. P. 24-28 e 49)

um poder. A doutrina francesa mantém uma visão puramente objetiva do processo, de modo que a ação processual é um poder legal. Para a doutrina alemã, que mantém uma concepção subjetiva do processo civil, a ação processual é um direito subjetivo.²⁰⁶⁵ Nesse sentido, aponta Ribeiro:

Sobre este particular, creemos que la función cardinal del proceso, em virtud del monopolio de la jurisdicción, esta en la protección de los intereses individuales o colectivos de las personas a través de la aplicación, con el consecuente mantenimiento, del orden jurídico objetivo, esto es, el proceso no sirve únicamente para la protección de los intereses individuales o colectivos, ni tampoco para mantener el orden jurídico, sino que su identificación reside exclusivamente en la suma indispensable de estos dos elementos, razón por la cual su entendimiento va más allá de la concepción objetiva o subjetiva del proceso, exactamente porque es un instrumento de realización de la justicia (concepción social del proceso). Esta concepción trae consigo innumerables consecuencias prácticas, como por ejemplo la ampliación de los poderes del juez, la realización efectiva de los derechos en el menor tiempo posible, la desformalización de los procesos, etc.²⁰⁶⁶

Com vistas à desvencilhar-se da razão fechada, bem como absorver as metáforas vivas em prol da adaptação existencial, o direito supera a ideia de um ordenamento jurídico forte no direito subjetivo ou forte no direito objetivo, pelo direito objetivo processual.²⁰⁶⁷

Conforma já foi visto, toda decisão judicial importa na ampliação do objeto do processo (momento estático do direito) pelo objeto do debate processual (momento dinâmico do direito), o que faz com que haja a flexibilização da congruência (discrecionabilidade) e a incongruência (arbitrariedade) na decisão judicial, a partir da dialética-dialogal realizada pelas partes via

²⁰⁶⁵Por lo tanto, si determinado autor entiende que el proceso sirve para mantener el orden jurídico objetivo debiera, por una cuestión de lógica, sustentar que la acción procesal es solamente un poder y no un derecho. Por otra parte, si el autor entiende que el proceso sirve para la protección de los intereses individuales, su conclusión, en este particular, será la de que la acción procesal es un derecho subjetivo y no un poder. Sobre este particular, creemos que la función cardinal del proceso, en virtud del monopolio de la jurisdicción, esta en la protección de los intereses individuales o colectivos de las personas a través de la aplicación, con el consecuente mantenimiento, del orden jurídico objetivo, esto es, el proceso no sirve únicamente para la protección de los intereses individuales o colectivos, ni tampoco para mantener el orden jurídico, sino que su identificación reside exclusivamente en la suma indispensable de estos dos elementos, razón por la cual su entendimiento va más allá de la concepción objetiva o subjetiva del proceso, exactamente porque *es un instrumento de realización de la justicia* (concepción social del proceso). Esta concepción trae consigo innumerables consecuencias prácticas, como por ejemplo la ampliación de los poderes del juez, la realización efectiva de los derechos en el menor tiempo posible, la desformalización de los procesos, etc. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**: Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004. P.141)

²⁰⁶⁶RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**: Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004.

²⁰⁶⁷Daí a nossa convicção de que não existe um Direito Ideal senão na medida em que atenda às circunstâncias sociais que vise a regular. Seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um Direito cujo caráter ideal fosse o de estar formulado de uma vez para sempre. O fato de que uma norma atenda às circunstâncias imperantes num determinado espaço-tempo histórico leva erroneamente à impressão de que se trata de uma regra formulada com caracteres definitivos (BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudencia como Fonte do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977. P. 20)

princípio contraditório e dispositivo, com a governança processual, que desvela o fenômeno conflitológico de interesses.²⁰⁶⁸

Ao processo, podem ser aderidos tanto os *direitos subjetivos* como as *situações jurídicas subjetivas*, sendo a segunda um fenômeno conflitual que supera os limites da letra lei. A inexistência de cisão entre fato e direito demonstra que os fatos trazidos ao processo não precisam, previamente ao processo, estarem aderidos ao mundo jurídico, pois os fatos da vida são expressões da existência *maiores* que o mundo jurídico. Desse modo, o processo é espaço para a construção de direito a partir dos fenômenos conflitológicos de direito; construtora e criadora de direitos objetivos, cunhados *processuais* em razão de sua criação e desenvolvimento dar-se no Processo, ao invés de no Legislativo²⁰⁶⁹. Não deixa o Estado de criar o direito, pois passa a criar por uma de suas expressões de poder.

O próprio direito subjetivo (momento estático do direito) ao adentrar no processo, poderá ser dilatado e ampliado/transformado a partir do objeto do debate processual que ensejará a construção do direito pelo *iura novit curia*.

O direito objetivo como lei se distancia da ideia de justiça que certos destinatários da regra possuem.²⁰⁷⁰ Nesse sentido, a justiça é descoberta não naqueles lugares em que *está* -

²⁰⁶⁸Para a acepção de pretensão como *processual* demarca-se a possibilidade da exigência para que haja ação: Por pretension material entendemos la aptitud de poder exigir de otro la realizacion de una prestacion, mientras que por pretension procesal entendemos la declaracion de voluntad hecha a traves de una peticion fundada para obtener una sentencia de un organo jurisdiccional. De estos conceptos podemos extraer las siguientes diferencias: **1)** Mientras la pretension material tiene como destinatario el obligado, la pretension procesal tiene como destinatario el organo jurisdiccional. **2)** La pretension material exige del obligado el cumplimiento de la prestacion debida, mientras que la pretension procesal exige del Estado una tutela jurídica. **3)** No obstante las dos pretensiones poseyeren la *facultas exigendi*, la pretension material, asi como la pretension a la tutela juridica, presentan dos momentos distintos, el poder y su ejercicio, y puede existir el poder sin que exista el ejercicio, siendo el poder su nota característica, mientras que la pretension procesal no presenta dos momentos distintos, el poder y su ejercicio son inseparables, siendo el ejercicio en cuanto acto su nota característica; **4)** La satisfaccion de la pretension material es realizada voluntariamente por el obligado o involuntariamente a través del Estado, mientras que la satisfaccion de la pretension procesal es realizada unicamente por el Estado; **5)** La pretension procesal siempre sera satisfecha tanto si es efectivamente actuada como si es rechazada su actuacion, mientras que la pretension material no siempre sera satisfecha, pues, su satisfaccion real y no normativa depende de una concreta situacion del titular pasivo del deber juridico; **6)** Mientras la pretension material puede ser ejercida a traves o independientemente de la pretension procesal, la pretension procesal tiene por objeto una accion material y excepcionalmente una pretension material; **7)** La pretension procesal se identifica con el *objeto del proceso*, mientras que la pretension material (y principalmente la accion material) se identifica con el objeto de la relacion de derecho material, denominado *objeto litigioso*, esto es, con el contenido material de la pretension procesal. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. P.405-408)

²⁰⁶⁹Aquilo que distingue o processo jurisdiccional daquele legislativo, e que faz com que a criação do Direito, por obra dos juízes, permaneça bem distinta na legislação, não é, portanto, uma função abusiva de não criatividade mas, isto sim, uma particular modalidade daquele processo que se traduz na conexão da função judiciária com *cases and controversies* e na “virtude passiva”, a “passividade” do juiz quanto ao iniciar o processo nesses casos e a imparcialidade processual do próprio juiz, imparcialidade que há de traduzir-se num “processo justo” de todas as partes. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Volume I Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 09)

²⁰⁷⁰a) La concezione puramente obiettiva, ha il difetto fondamentale di essere eccessivamente astratta e formalistica e di non tener conto della funzione essenziale delle norme giuridiche. Il diritto obiettivo non è fine a

positivado -, mas naqueles em que não está – positivado -, lugares nos quais se postula a justiça “*Cette règle cristallise alors l’injustice, l’inadaptation du Droit avec l’idéal socialement recherché*”²⁰⁷¹. Os fenômenos sociais são tão plurais e contingentes que a positivação não acompanha as expressões, restando ao Estado, reconhecer no Judiciário, um espaço que tem o potencial maior para absorver esses fenômenos.

A Lei exaspera no seu corpo uma democracia inerente ao Estado legislativo, fruto de onipotência da maioria, porém esta, enquanto Lei ordinária, é somente uma manifestação da

se stesso : esso è garanzia, di scopia tutela d'interessi e perciò un'attuazione pura e semplice dei diritto non è concepibile. Come non si può garantire uniplicititer, ma occorre garantire qualche cosa, così non si può attuare una garanzia simpliciter, ma occorre attuare Una garanzia di qualche cosa, cioè lo scopo garantito. Non si deve, quindi, fermarsi a ciò che non ha e non può avere che un puro valore di mezzo, 'na bisogna considerare il fine, a cui quel mezzo tende. E che questo sia il concetto esatto è dimostrato da un'altra considerazione, e cioè che può darsi benissimo che il fine sia ottenuto per altra via, prescindendo dal mezzo. Può darsi, cioè, che lo scopo garantito dalla norma sia conseguito senza attuare coattivamente la norma, ma per spontanea osservanza dei soggetti a cui la norma indirizza. Lo Stato, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale civile non si propone, come scopo esclusivo, di costringere le volontà individuali per indurlo a conformarsi alla norma . La giurisdizione, non mira tanto a coartare la volontà, per piegarla alla osservanza della norma, quanto a procurare in ogni modo, anche indipendentemente dalla volontà dell'obbligato, l'effettiva soddisfazione di interessi tutelati dalla norma. Ma, se l'esercizio della giurisdizione, logicamente e praticamente, non è che attuazione di scopi o soddisfazione di interessi, tutelati dal diritto, la formula « attuazioni del diritto obiettivo » quale scopo della giurisdizione e del processo è sostanzialmente inesatta (4). (ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Vol. I. Parte Generale. 2 ed. Roma : Editrice Torinesi, 1966. P. 111-114)

²⁰⁷¹Ce problème est touché par Sophocle, de manière aussi belle qu'imprécise, lorsqu'Antigone, au nom de sa seule conscience individuelle, répand quelques poignées de terre sur le cadavre de son frère, et viole ainsi les lois de Créon. Antigone rentre bien en conflit avec le droit de sa cité, qui lui apparaissait injuste. (DAUDET, Victor ; NAVARRE-BRAGER, Jeanne. L'idéal de Justice, poursuivi par le Droit objectif, porteur de conflit avec le justiciable. **Jurisdiction**, n.º 2, 2009. P. 24-28)

vontade da maioria; a Constituição, com efeito, somente é vinculada mediante a decisão judicial.^{2072, 2073}

²⁰⁷²Puede decirse, por tanto, en síntesis, que en el estado legislativo el momento democrático se corresponde con la omnipotencia de la mayoría, mientras el momento de derecho se agota en la primacía de la ley; pero ésta, en tanto que ley ordinaria es una mera manifestación prácticamente incondicionada de esa misma voluntad mayoritaria. Pues, en efecto, la Constitución sólo vincula en lo relativo al quién y al cómo de las decisiones, y se detiene en los límites de la política y del mercado. La aludida concepción de la soberanía y la función atribuida a la ley condicionan y prefiguran el papel de la jurisdicción en el modelo. Aunque cubierta retóricamente por el manto de la independencia, aparece integrada en el ámbito del ejecutivo, como una más de sus articulaciones burocráticas, conforme a un diseño que tiene a su artífice en Napoleón Bonaparte. Este, coherente con su idea de que “le plus grand moyen d’un gouvernement, c’est la justice”, dotó a la misma de una estructura piramidal, férreamente jerarquizada, organizada como carrera o cursus honorum, gobernada por un vértice de notables de toga, longa manu del ministro de Justicia, esto es, del poder político. Después, la yuxtaposición sistemática del plano jerárquico-organizativo y el propiamente jurisdiccional, darían como resultado la difusión capilar de la dependencia en las actitudes y en las prácticas de los jueces. De este modo, la institución, como un todo compacto, pudo prestar el inestimable servicio político de contribuir eficazmente a la desactivación y, cuando fue necesario, a la criminalización del conflicto social, desde la supuesta neutralidad. Constituyéndose en un firme baluarte de la reacción mediante la interpretación reductiva de los avances que en materia de derechos pudieran producirse en el ámbito legislativo, cuando éste fue abriéndose merced a la extensión del sufragio. [...] Pues, en efecto, cuando la Constitución, en materia de derechos, se reduce a ser una declaración de intenciones y, por ello, la garantía jurídica opera sólo en el papel, termina afirmándose inexorablemente la total autonomía de la política. Y, sabido es, por una dilatada y dura experiencia, remota y también próxima, que la política –incluso la política democrática– librada a su propia dinámica es incapaz de controlarse a sí misma. (IBAÑEZ, Perfecto Andres. **Derecho y Justicia en el Siglo XXI, mas Difícil Todavía**. Colóquio Internacional - Direito e Justiça no Século XXI. P. 3-5)

²⁰⁷³Puede decirse, por tanto, en síntesis, que en el estado legislativo el momento democrático se corresponde con la omnipotencia de la mayoría, mientras el momento de derecho se agota en la primacía de la ley; pero ésta, en tanto que ley ordinaria es una mera manifestación prácticamente incondicionada de esa misma voluntad mayoritaria. Pues, en efecto, la Constitución sólo vincula en lo relativo al quién y al cómo de las decisiones, y se detiene en los límites de la política y del mercado. La aludida concepción de la soberanía y la función atribuida a la ley condicionan y prefiguran el papel de la jurisdicción en el modelo. Aunque cubierta retóricamente por el manto de la independencia, aparece integrada en el ámbito del ejecutivo, como una más de sus articulaciones burocráticas, conforme a un diseño que tiene a su artífice en Napoleón Bonaparte. Este, coherente con su idea de que “le plus grand moyen d’un gouvernement, c’est la justice”, dotó a la misma de una estructura piramidal, férreamente jerarquizada, organizada como carrera o cursus honorum, gobernada por un vértice de notables de toga, longa manu del ministro de Justicia, esto es, del poder político. Después, la yuxtaposición sistemática del plano jerárquico-organizativo y el propiamente jurisdiccional, darían como resultado la difusión capilar de la dependencia en las actitudes y en las prácticas de los jueces. De este modo, la institución, como un todo compacto, pudo prestar el inestimable servicio político de contribuir eficazmente a la desactivación y, cuando fue necesario, a la criminalización del conflicto social, desde la supuesta neutralidad. Constituyéndose en un firme baluarte de la reacción mediante la interpretación reductiva de los avances que en materia de derechos pudieran producirse en el ámbito legislativo, cuando éste fue abriéndose merced a la extensión del sufragio. Es a partir de estas vicisitudes como se formará un (anti)modelo de juez que llegará incólume hasta la mitad del siglo pasado, y que –por su ductilidad– ha seguido ejerciendo una fascinación irresistible sobre las mayorías políticas que en, años recientes, se han visto implicadas en procesos por corrupción. Por lo demás, hay que decir que, desde el punto de vista cultural, tiene poco de singular: es una concreción fiel del tipo ideal de jurista del positivismo dogmático e ideológico. Con la característica falsa conciencia acerca del auténtico papel del derecho y del propio rol en el modelo; la inmersión en el formalismo interpretativo; la inclinación irrefrenable –diríase que inscrita en su ADN– a operar como funcionario oficioso del poder en acto; con la predisposición, en fin, a ver certeza del derecho en lo que no era más que el resultado de la homogeneidad ideológica de los propios operadores de éste, entre sí, y con la clase del poder. Es bien patente que el modelo de estado objeto de este sumario examen no resiste el test del art. 16 de la Declaración de derechos de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”. Y es que, como había anticipado lúcidamente Constant, “la limitación abstracta de la soberanía no basta”; o dicho con Sièyes: “una Constitución, o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada”. Pues, en efecto, cuando la Constitución, en materia de derechos, se reduce a ser una declaración de intenciones y, por ello, la garantía jurídica opera sólo en el papel, termina afirmándose inexorablemente la total autonomía de la política. Y, sabido es, por una dilatada y dura experiencia, remota y también próxima, que la política –incluso la política democrática– librada a su propia dinámica es incapaz de

Os aspectos atuais do normativismo cingindo em princípios e regras passou a dotar a Constituição de Abstração, a qual amplia os horizontes do texto ao plexo contextual e com isso no mínimo a existência pela linguagem é manifestada de forma textual, haja vista o contexto exigir aplicação devido as polissemias de mundo.²⁰⁷⁴ O direito como regra rígida de obrigações e de responsabilizações passa a gestar-se pelos danos ou possibilidades de danos, essas ampliações fazem com que os fenômenos conflituais passem a dotar de uma ampliação do direito subjetivo por uma situação jurídica subjetiva, voltado a narrações que se transformam em metáforas vivas, dramas que viram poesias e representam o ser em sua expressão de ser como linguagem no mundo. O caráter público das disposições traga o interesse público a nível superior à vontade do indivíduo, pois o direito subjetivo, com a constitucionalização Direito, passa a ser superado no tocante a regra e ganha caráter de normatividade, sendo cingido, conforme posto, em regras e princípios.

Atende-se, assim, a máxima que busca o direito objetivo processual, qual seja a adaptação existencial que corresponda a possibilidade de se viver em sociedade e hierarquizar, constantemente, os bens que são postos aos fenômenos conflitológicos de interesse, aderindo a esse cenário um caráter de justiça social democrática, sendo o direito mais *acessível* – por ser mais contextual - à população^{2075, 2076}

O direito objetivo é a expressão máxima da jurisdição e com a descentralização política da jurisdição, cuja consequência é a centralização da decisão judicial no processo, rompendo com o decisionismo, acaba-se distinguindo com a dinâmica processual e acertando sua função e estrutura no direito objetivo processual, que faz revelar a legitimidade democrática processual evidenciada pela compreensão hermenêutica, fazendo vida a norma.

controlarse a sí misma. (IBAÑEZ, Perfecto Andres. **Derecho y Justicia en el Siglo XXI, mas Difícil Todavía**. Colóquio Internacional - Direito e Justiça no Século XXI. P. 3-5)

²⁰⁷⁴A própria concepção dos códigos, construídos como monumentos isolados e autônomos, se assentava no muro tríplice de um espaço estatal, de um tempo estável e de uma ordem fundamentada na lei. Mas não se pode esquecer que a paisagem mudou. [...] Pois a grande novidade é a interação entre textos e contextos ou, mais amplamente, entre os diversos conjuntos normativos que funcionam simultaneamente. (DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Pontes, 2004. P. 215-216)

²⁰⁷⁵Acessível, o direito se torna algo comum e familiar. Comum, no sentido de um direito posto ao alcance de todos (DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Pontes, 2004. P. 223)

²⁰⁷⁶La voz proceso sirve, pues, para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por lo tanto, sea justa y cierta: *la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados no saben, y si no es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer*. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1948. P. 21-22)

7.1 - Direito Objetivo Processual^{2077,2078}: resposta²⁰⁷⁹ aos fenômenos conflitológicos de interesse²⁰⁸⁰

El juez – y todo operador jurídico – será un intérprete, un actor, un ejecutante, un intérprete de interpretaciones: su aprehensión del derecho es recreativa, es una nueva poiesis.²⁰⁸¹

Na atualidade a produção científica do direito não apresenta grandes evoluções quanto à sua elaboração e formulação,²⁰⁸² pois mantém uma racionalidade baseada no paradigma

²⁰⁷⁷Al final de mi ejercicio, el movimiento general de la demostración no resulta cuestionado, pero pasa a ser concebido como reversible (viene acompañado de retrocesos y de situaciones en las que lo jurídico se retira voluntariamente) y, con frecuencia, *conflictivo e indirecto* (la «lucha por el derecho» no es un largo y tranquilo río, y ello en la medida en que han de institucionalizarse esferas diferentes sometidas a lógicas a veces opuestas), no necesariamente deliberado (muchas reglas efectivamente practicadas permanecen, como en la materia de la práctica lingüística, sin formular y fuera del nivel consciente), sin limitarse tampoco ni al Derecho estatal (muchos subsistemas institucionales se organizan, comprendiéndose aquí también en el plano jurisdiccional, dotándose también, como pone de manifiesto Teubner, de normas constitucionales), ni a la iniciativa del legislador, ni a la mera normatividad clásica (la economía y la ética, están sin duda presentes, pero también los medios de comunicación, la salud, las finanzas, la tecnología)..., finalmente creativo y no mera copia pasiva. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. P.31-32)

²⁰⁷⁸ Se trata de una verdad tal elemental que el lector principiante, por sentido común, puede considerarla pleonástica a causa de su obviedad. Pero más que para el ingenuo novicio – inmune todavía a los prejuicios – el autor del librito la incluye pensando en esta ocasión en sus colegas juristas, y probablemente para los más doctos de entre ellos, contaminados muy a menudo por esos prejuicios. Una sinrazón del moderno científico del derecho consiste, en efecto, en olvidar con demasiada frecuencia que la aplicación de la ley es creación jurídica en no menor medida que su promulgación. (GROSSI, Paolo. **La Primera Lección de Derecho**. Barcelona: Marcial Pons, 2006. P. 43-44)

²⁰⁷⁹[...] exige nuevas soluciones jurídicas capaces de atender de forma adecuada a las nuevas realidades. La imperiosa necesidad de cambio obliga a los procesalistas a ir evolucionando en sus concepciones y huir del mayor número de reglas que, presuntamente, tengan un carácter inmutable. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P. 15)

²⁰⁸⁰El sistema jurídico de la Declaración de los derechos del hombre y del Código Napoleón, descansa en la concepción metafísica del derecho subjetivo. El sistema jurídica de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos. El sistema jurídico civilista era de orden metafísico; el nuevo sistema que se elabora es de orden realista (DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. 2ª ed.. Madrid: Príncipe. P. 24-25)

²⁰⁸¹MARTYNIUK, Claudio. **Sobre la narración hermenéutica de la normatividad**: tesis sobre la hermenéutica, la novela del derecho y la retórica. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Desde otra mirada; textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009. P.60.

²⁰⁸²While in the history of science there is always reason to waver between the construction of the social by scientists and the explanation of their discoveries by an appeal to the social, one can hardly not be struck by the isproportion between the richness of the construction of society by law and the poverty of explanations of law in terms of society. Explicitly, continuously, obsessively, law seeks to pave the way for the effective mobilization of the totality in the specific case. Procedure, hierarchy of norms, judgment, fi le and even the wonderful word ‘moyens*’ to which we have devoted so many pages: all the terms speak of this movement of totalization and mobilization, of controlling and reinforcing, of steering and connecting. All express the putting into movement, into context. But to explain these movements the advocates of the social are often unequipped. They affi rm that in the notion of society they always possess an undefi ned pool of explanatory forces, but here they lack precisely the *means* to mobilize these forces so that they can feed into the collective and *impact* on the proceedings. They fi nd themselves in the same situation as generals who have a powerful, well-trained army but who, lacking transport for their troops, are unable to take them into battle. How can the balance of power be shifted in law? Where are

científico cartesiano decantando o mundo a partir do mundo jurídico, esquecendo-se do que pode ser construído pelo direito a partir de outras expressões, como *habitus*²⁰⁸³, reflexos dos fenômenos conflitológicos de interesse.

O vínculo social, nas palavras de Jaspers é “...*aquel aspecto del hombre en el que su existencia se da como existencia de una especie, que tiene los mismo derechos y las mismas obligaciones que otros de la misma especie. Como tal, la dimensión social pertenece a la inautenticidad del hombre como sujeto: en calidad de este yo social, me convierto en todos nosotros.*”²⁰⁸⁴ Para Heidegger “...*el ser del hombre es un “ser con”, que únicamente se realiza en el modo del “se” impersonal. Define este “se” como “inautenticidade” y caducidade.*”²⁰⁸⁵

the vehicles? Where are the roads? People talk of force, power, structure, habits, traditions, mentalities: sure, but how can they be put into action here, there and now? On the other hand, if you ask how the European Convention of Human Rights can be transported to the expulsion case of the foreigner Mr Farouk, the answer is simple: it is there, in foreigners’ rights, since the decision was taken on such-and-such a date, authorizing Article 6 to be invoked against the Prefects’ decisions. Making the connection, linking up these elements, weaving the social: all this is law itself. To be sure, it is a very peculiar type of link, a particular mode of totalization, among others. It does not encompass the entire collective, but it does define a vehicle, a movement of aggregation, the *vinculum juris* that can still be assigned from one end to the other, whereas the social explanation, since the beginning of the sociology of the social, is still waiting to be given the appropriate wiring finally to enable the individual case to benefit from this tremendous lift that it constantly promises but never delivers. While the study of science and techniques compelled us to abandon the sociology of the social for that of *association*, the analysis of law encourages us in that direction even more. The situation is particularly disadvantageous for explanations based on society, for in none of the cases observed in this book do we find a clear-cut distinction between that which classically might resemble the social and that which could be called law. On the contrary, law is mixed with everything – and it says so itself. (LATOURET, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010. P.260)

²⁰⁸³El *habitus*, como sistema de disposiciones para la práctica, es un fundamento objetivo de conductas regulares, por lo tanto de la regularidad de las conductas, y, si se pueden prever las prácticas (aquí, la sanción asociada a una cierta transgresión), es porque el *habitus* hace que los agentes que están dotados de él se comporten de una cierta manera en ciertas circunstancias. Siendo así, esta tendencia a actuar de una manera regular que, cuando el principio está explícitamente constituido, puede servir de base a una previsión (equivalente culto de las anticipaciones prácticas de la experiencia ordinaria), no encuentra su principio en una regla o una ley explícita. Es lo que hace que las conductas engendradas por el *habitus* no tengan la hermosa regularidad de las conductas deducidas de un principio legislativo: el *habitus* tiene parte ligada con lo impreciso y lo vago. Espontaneidad que se afirma en la confrontación improvisada con situaciones sin cesar renovadas, obedece a una lógica práctica, la de lo impreciso, del más o menos, que define la relación ordinaria con el mundo. Esta parte de indeterminación, de apertura, de incertidumbre, es lo que hace que no pueda remitirse completamente a él en las situaciones críticas, peligrosas. Se puede enunciar como ley general que cuanto más peligrosa es la situación, más la práctica tiende a ser codificada. El grado de codificación varía como el grado de riesgo. Siendo así, en este caso se tendrá un grado muy alto de formalización de las prácticas; habrá las fórmulas de cortesía más refinadas, los ritos más elaborados. Cuanto más grande sea la situación de violencia en estado potencial, cuanto más sea necesario imponer formas, más la conducta libremente confiada a las improvisaciones del *habitus* cederá el lugar a la conducta expresamente reglada por un ritual metódicamente instituido, hasta codificado. Basta pensar en el lenguaje diplomático e en las reglas protocolares que rigen precedencias y las conveniencias en las situaciones oficiales. Codificar, es a la vez poner en forma y poner formas. Hay una virtud propia de la forma. Y el dominio cultural es siempre un dominio de las formas. Es una de las razones que hacen que la etnología sea tan difícil: este dominio cultural no se adquiere en un día... Todos esos juegos con la regla del juego, e, por allí, dobles juegos, son la manera de ser de los virtuosos. Para ponerse en regla, es necesario conocer al dedillo la regla, los adversarios, el juego. Si fuera necesario proponer una definición transcultural de la excelencia, diaria que es el hecho de saber jugar con la regla del juego hasta los límites, hasta las transgresiones, permaneciendo en regla. (BOURDIEU, Pierre. **Cosas Dichas**. Barcelona: Gedisa, 1987. P. 84-85)

²⁰⁸⁴LUYPEN, W. **Fenomenología del Derecho Natural**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1968. P. 238.

²⁰⁸⁵LUYPEN, W. **Fenomenología del Derecho Natural**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1968. P. 238.

Ambos os filósofos compartilham no núcleo de sua filosofia a mesma ideia: a fim de não se perder no emaranhado da massa, uma superficialidade marcada pela inautenticidade, os fenômenos do homem não podem ser vistos como os mesmos e as mesmas medidas: são expressões plurais da existência²⁰⁸⁶.

É pela expressão dos fenômenos conflitológicos de interesses que se desenvolve a gênese do direito: primeiro, pois o fenômeno conflitual - os fatos da vida -,²⁰⁸⁷ são inatos ao ser, e segundo porque o fenômeno conflitológico de interesses tem caráter pessoal, e não social. Isso porque não são *fenômenos sociais*²⁰⁸⁸, razão pela qual se pressupõe "...una actuación

²⁰⁸⁶... significa que todo lenguaje y toda cultura refieren parcialmente el mundo del hombre y, por lo tanto, lo humano así expresado en diferentes perspectivas. Las cuales pueden/deben ser plurales pero no estrictamente incompatibleS, yd que conforman o configuran la coexperiencia interhumana que nos es común. En efecto, el hombre es un animal realmente desvalido que trata de rehacerse simbólicamente: se trata, pues, de un animal hermenéutico y simbólico, cultural y proyectivo, (re)mediador de su inmediatez desnuda através del revestimiento y transposición de la primigenia urdimbre afectiva (matricial) por la urdimbre del sentido cultural convivido o compartido intersubjetivamente (fraternalmente). (OSÉS, Andrés Oniz. **Amor y Sentido: Una hermenéutica simbólica**. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. P. 10.

²⁰⁸⁷Pero, si el derecho está em um estado completo de transformación, si continuamente las instituciones jurídicas nuevas están em via de elaborarse, ¿por qué limitar así el campo de observación? ¿Por qué tomar la Declaración de Derechos de 1789 y el Código de Napoleón como punto de partida? Seguramente em la realidad de las cosas hay una transformación continua y perpetua de las ideas y de las instituciones. Pero es preciso, para facilitar la exposición, crear cuadros, distinguir períodos. Distinción tal vez artificial, pero indispensable. Por otra parte, estimo que hay realmente, en la evolución general de los pueblos, ciertos períodos cuyo comienzo y fin están señalados por grandes hechos, que no pueden ocultarse a la atención del observador; que seria un grave error sociológico desconocerlo; y que es preciso, en fin, señalar esos diferentes períodos y determinar las grandes corrientes que se manifiestan en cada uno de ellos. Ahora bien, me parece imposible discutir que en las sociedades de cultura americano-europea, el Código de Napoleón y la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789, señalaran el término de una larga evolución en el orden jurídico, el coronamiento de una construcción jurídica, no desprovista, por otra parte, de grandeza y de fuerza. Los hombres de 1789 y los autores del Código de Napoleón, y también, preciso es decirlo, la gran mayoría de los juriconsultos franceses y extranjeros de la primera mitad del siglo XIX, salvo la escuela de Savigny estimaban que había allí un sistema de derecho definitivo, que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, y así como la geometría moderna descansa todavía sobre los principios formulados por Euclides, del mismo modo en todos los tiempos, en todos los países, el derecho de todos los pueblos civilizados no podría ser más que el desenvolvimiento normal y racional de los principios inmortales y definitivos formulados en esos textos. Pues bien, se ha encontrado que, apenas la construcción ha sido terminada, las grietas han aparecido. El siglo XIX ha sido un período particularmente fecundo en todos los órdenes de la actividad humana. Un movimiento considerable se ha realizado en el dominio social. Pero este movimiento, en lugar de ser, como pensaban los hombres de la revolución francesa y la primera generación del siglo último, el desenvolvimiento normal de los principios formulados en 1789, ha sido una reacción formidable contra ellos. (DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón**. 2ª ed. Madrid: Príncipe. P. 20-22)

²⁰⁸⁸La realidad de estos conflictos como fenómeno social interesa al sociólogo, pero no al que se dedica al estudio del derecho. Cuando esos conflictos de conductas se estudian como fenómeno social, pierde interés la consideración de la libertad personal, y se toman como hechos cuantitativos, sujetos a una cierta regularidad estadística. Por ejemplo el acto de apropiarse de algo ajeno es, en sí mismo, un acto ilícito, pero libre, que podemos cada uno de nosotros dejar de cometer; para el sociólogo es un fenómeno constante de la masa social, cuya intensidad no depende ya de la conducta personal, sino de unos condicionamientos exteriores, como pueden ser en nivel da la vida, la gravedad del eventual castigo, la menor temperatura de la estación. También es personal la solución propuesta para el conflicto personal tomado en consideración. Aquí la solución tiene siempre un autor personal, que puede formularla en otras palabras, incluso con un sentido muy distinto. Aunque luego se repita constantemente aquella solución, nunca llega a ser un acto social; o mejor: en cuanto lo consideramos como un comportamiento social, nos colocamos en la posición de un sociólogo y no de un jurista. A éste interesa el criterio concreto para resolver cada conflicto, y no la realidad social que resulta de la aplicación más o menos frecuente de

libre, una conducta de cada uno de los que en él intervienen”²⁰⁸⁹ Assim expressam uma situação concreta, estabelecida como um “caso-problema”²⁰⁹⁰.

Se as regras objetivas, por si, pudessem realizar-se, sem dificuldades, sem nenhuma imperfeição, seria desnecessária a existência do direito processual, pois o ordenamento poderia ficar limitado ao direito material. Isso não reflete a realidade, pois é impossível apreender a realidade: a multiplicidade dos fenômenos, as mudanças das relações sociais, a revisão da hierarquia de bens, a rapidez com a qual o mundo conversa, bem como o império da economia na governança da vida humana, são razões que não permitem que o direito material baste para reger a sociedade.²⁰⁹¹

aquel criterio. (D’ORS, Alvaro. **Una Introducción al Estudio del Derecho**. Madrid: Ediciones Rialp, 1979. P.18-20)

²⁰⁸⁹ D’ORS, Alvaro. **Una Introducción al Estudio del Derecho**. Madrid: Ediciones Rialp, 1979. P.18.

²⁰⁹⁰ A ação recíproca entre a norma geral e o caso particular. Que a vida do direito radica no particular e não no universal, e quer as regras gerais não são suficientes para a resolução dos casos particulares, são outras tantas das famosas afirmações do Juiz OLIVER HOLMES que contribuíram a encaminhar e impulsionar a tendência realista no direito. KARL LLEWELLYN, em *The Constitution as na Institution*, dedicou a este respeito um comentário muito conhecido. A teoria de que as regras gerais resolvem os casos particulares – sentenciou – conseguiu enganar durante um século não só os ratos de biblioteca (*library ridden incluses*), mas aos próprios juizes, e, ao que parece, áqueles mesmos hábeis e experimentados observadores de primeira mao com que conta a administração da justiça, os práticos. Fenômeno tao insólito e desconcertante, delde resulta que as normas veneram em função de darem por suposta a verdade de uma teoria cuja falsidade salta à vista, tanto pela sua contradição com o mais elementar bom senso, como por não se ajustar ao que se colhe da experiência profissional. Quer dizer: os práticos são os primeiros a reconhecer como fundamento de sua habilidade ante os casos concretos uma doutrina errônea. Como assistimos diariamente, a prática consiste quase sempre em adotar-se às cegas teorias flagrantemente falsas. Se as regras gerais decidissem verdadeiramente os casos particulares, não haveria motivo para falar-se de juizes melhores ou piores, pois lhes bastaria um mínimo esforço para aplicar maquinalmente ditas regras quando invocadas. Se as regras gerais se ajustassem como uma luva aos casos concretos, o direito somente se modifica com a promulgação de novas leis gerais, que é o que precisamente não ocorre, tão flagrante tem sido o crescimento e a alteração do direito, através da pratica, durante os séculos XIX e XX, na América, como em qualquer outro tempo e lugar. Não haveria, então, desacordo entre os expertos do direito, nem os votos discordantes no julgamento de uma causa, e nenhum juiz honesto e documentado suportaria que lhe revogassem as sentenças. Se o direito não prescindisse de ambiguidades, se, pelo contrário, admitisse um vaticínio infalível, nenhum advogado – como diz JEROME FRANK – se poderia escusar de haver perdido uma questão. A tese de que a regra geral é impotente por sí só, e a mais das vezes, para resolver o caso particular, indica que o centro de gravidade da criação jurídica situa-se na decisão concreta e não na regulamentação genérica. Muitos dos juristas práticos, inobstante a sua capacidade criadora diante dos casos concretos, abrigam em suas mentes a mais ingênua confiança no valor do método dedutivo. Dada a regra geral, creem que, pode dedução, adaptadas as circunstancias fáticas à hipótese genérica, conseguirão solucionar o caso particular submetido à sua consideração. Perdem de vista, no entanto, que não se trata propriamente de concretizar uma norma abstrata, mas de criar a regra concreta capaz de resolver o problema em debate e de elevá-la, em razão de sua eficácia, à categoria de um precedente. Quando a norma geral se pode concretizar, na verdade ela é aplicada então mecanicamente, tal como se apresenta; caso contrario, o que se cria é um direito novo, pois que se aplica uma razão normativa um tanto diferenciada, ou seja, ma norma distinta.

Não cabe duvidar que, se existem litígios fundados em uma pura questão de direito, isto decorre obviamente de que o aspecto debatido não está claramente formulado. É completamente ilusório, portanto, supor que a sentença que então se dite não reagirá sobre o próprio ordenamento jurídico no sentido de introduzir uma clareza até aí desconhecida. Nem se diga que seria este caso de uma lacuna da lei, pois, sem cair em distinções artificiosas e num critério formalista da ordem jurídica, é difícil devolver à norma geral, por considerações acadêmicas, o prestígio perdido com o descumprimento de sua missão. (BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudencia como Fonte do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977. P. 51-52)

²⁰⁹¹ Se as regras de direito objetivo pudessem realizar-se sem dificuldades, com perfeição por bem dizer consentida e mecânica, seria desnecessário o direito processual. Somente existiria o direito material. Isso, porem, não é o que se passa. Ou porque as leis sejam suscetíveis de leituras diferentes, ou porque sejam, de si mesmas, obscuras ou

O processo traduz as *necessidades existenciais*, e tais necessidades não são mais do que o produto da experiência.²⁰⁹² Existência que se exaspera em dramas cada dia mais angustiantes produzidos por necessidades potencializadas na atmosfera social, que vem a fazer com que os interesses dos indivíduos desvelem a essência do ser entificado junto ao fenômeno; fenômeno este que se torna o fenômeno conflitológico de interesses e, por opulência, perpassa o objeto do processo apregoado aos direitos subjetivos artificiosos representados pela ação-pretensão, que passam a ganhar atmosfera desvelante com o objeto do debate processual para a compreensão pela via do jogo processual dialético dialogal.

O Processo, a partir do que foi exposto, passa a absorver a complexidade social de forma que possibilita a adaptação existencial: as partes governam a administração da justiça com a finalidade de produzir função jurisdicional delimitada ou possibilitada pelo jogo dialético-dialogal processual. Projeta essa criação do direito o estimo da ressignificação dos princípios dispositivo e do contraditório, ambos constitucionalizados e acertados com os anseios dos cidadãos ativos frente uma sociedade complexa. O processo adquire núcleo de amplo debate democrático participativo, fazendo com que se reconduza o princípio da congruência, considerando ou de um lado a sua flexibilização da congruência ou de outro lado a incongruência. A recondução ganha espaço e guarida com o chamado princípio do *iura novit curia*: este é o elemento processualizado do Ativismo Judicial para a criação do direito pelo fenômeno conflitual na fundamentação da decisão e na responsabilidade sociopolítica do Estado Juiz.

O maior protagonismo que a comunidade espera dos juízes e a responsabilidade social que é cobrada em face do juiz²⁰⁹³ fazem com que o direito construa-se mesclando elementos de

lacunosas, ou porque, no aprecia-las, dado o temperamento de alguns indivíduos, tendam esses a ver, nos textos legais, ou nas regras interpretativas, somente o que “serve aos seus interesses, verdade é que as lutas judiciais são inevitáveis e constituem produto mais ou menos constante das organizações sócias Daí o problema técnico da justiça, o problema de técnica do processo, com as suas fases sugeridas por longa e multimilenar experiência humana (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. P.09-10)

²⁰⁹²Far from turning our gaze to peripheral, amusing, archaic or quaint aspects of these modern societies, far from forcing them to remain in the narrow frame of rituals and symbols, we should search for what lies at their core: science, techniques, the market and, of course, law. The comparison is no longer between cultures, or between cultures and nature, but between contrasts: ‘If you force us to lose the difference between this and that form of existence, life is no longer worth living.’ This is a matter not of calm comparison, but of risky negotiation. (LATOURET, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010. P.247)

²⁰⁹³El mayor protagonismo que la comunidad espera de los jueces -y la correlativa responsabilidad que les reclama-se sustentan no sólo en la paralela expansión de las otras “ramas” del gobierno, a partir del encumbramiento del Estado de bienestar, con el consiguiente reconocimiento de nuevos derechos sociales, económicos y culturales, y como modo de lograr un renovado equilibrio en las funciones públicas (checks and balances), sino además -y no menos principalmente- en la cada vez mayor participación social, derivada de la directa injerencia de los diversos grupos en el diseño y aún en la toma de decisiones que interesan a la comunidad. Porque los resultados de la actividad jurisdiccional -su eficacia global- no les resulta indiferente. (BERIZONCE, Roberto Omar. **Activismo**

carácter interno – conteúdo das normas – e de carácter externo – concepções políticas.²⁰⁹⁴ Diante disso “*Efectivamente, la función jurisdiccional, como una actividad vinculada al Derecho producido por los órganos titulares de los poderes legislativo y reglamentario, forma parte de uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el Estado de Derecho.*”²⁰⁹⁵ Há temas que simplesmente não alcançam às esferas do poder em razão de seu carácter político, e cuja formação é essencialmente costumeira, como o direito do trabalho e o direito comercial.^{2096,2097}

No modelo tradicional hierárquico de separação de poderes, a confiança é dimensionada apenas nas relações entre o juiz e o legislador. Qualquer tentativa de interferir com a função

Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas. **Civil Procedure Review**, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 51.

²⁰⁹⁴Desde mi comprensión del derecho, considero que el discurso jurídico se reconstruye constantemente mezclando elementos de carácter interno (el contenido de las normas) y de carácter externo (las concepciones políticas). El proceso de reconstrucción es básicamente el mismo tanto en el momento de creación del derecho como en el momento de aplicación de las normas. Otra cosa es que el elemento interno pueda constreñir más al operador jurídico cuando aplica el derecho que cuando lo crea, ya que en la creación el elemento externo tiene, en principio, un mayor margen. (MELERO ALONSO, Eduardo. **La dogmática jurídica es política**: La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas: un acercamiento desde el derecho público. P. 18-19)

²⁰⁹⁵GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. P.17.

²⁰⁹⁶Il est des parties du droit dont la formation a un caractère essentiellement coutumier. On a remarqué justement que le droit commercial par exemple est une pure création de la coutume, cette puissance législative du moyen âge. Sans demander de règles à la logique du législateur, les marchands, qui n'avaient point étudié le droit, inventèrent de nouveaux contrats, imaginèrent des simplifications et des garanties qui forment aujourd'hui un droit spécial, droit le plus coutumier de tous, puisque la loi n'a fait que consacrer les anciens usages. La procédure française présente aussi ce caractère coutumier, au moins dans ses détails. Bien que de nombreuses ordonnances aient été publiées dès le moyen âge pour régler les formes judiciaires et organiser les justices royales, l'influence des praticiens n'en a pas moins été considérable. Tout ce qui tient à la manière d'appliquer les règles qui devaient les diriger et les contenir, a été leur oeuvre. Ils n'étaient point liés, comme à Rome, par des formules rigoureuses délivrées par le magistrat, et la confection des actes leur était abandonnée comme elle leur appartient encore. Le style de la procédure n'est guère du domaine du législateur, et cependant la manière de rédiger tel ou tel contrat influe notablement sur le fond du droit. La longueur ou la brièveté des pièces du dossier peut, comme leur nombre plus ou moins grand, changer énormément la position des parties, en les grevant de frais. L'obscurité, les ambages, les redondances assurent un monopole aux gens d'affaires en rendant le langage judiciaire inintelligible à la plupart des justiciables. Tandis qu'en matière commerciale l'influence coutumière se traduisait en simplifications, dans la procédure civile l'esprit subtil des praticiens s'ingéniait à découvrir des stratagèmes pour éluder les lois fiscales et se procurer de gros bénéfices aux dépens des plaideurs. Il y eut des juristes qui n'étudièrent le droit romain que pour lui emprunter des subtilités, et qui appliquèrent la scolastique au même but et avec le même instinct de cupidité. Bien rarement l'usage amena de bons résultats en matière de procédure, et il autorisa de déplorables abus : car la coutume n'était pas là, comme sur le fond du droit, le fruit du sentiment public, mais seulement le résumé des habitudes, trop souvent intéressées, de la classe des gens de loi (BORDEAUX, Raymond Philosophie de la Procédure Civile. Paris: Evreux, 1857. P. 33-34)

²⁰⁹⁷Os 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. O legislador pode, certamente, adiantar-se muito mais com um só de seus passos do que os juizes com todo o seu acervo acumulado de decisões ou sentenças; mas os períodos de inatividade, de inercia ou irresolução dos Parlamentos não lhes permite, a estes, com a assiduidade requerida, assinalar novos rumos à evolução jurídica, ante o incessante progresso representado pela atividade diária dos profissionais do direito, e sobretudo, dos juizes. Ademais, o legislador só se decide a obrar quando o objeto que se propõe já foi posto em evidencia 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 carácter criador do direito do caso: que outra coisa não significa senão o determina-se o que é razoável em vista aos fatos de um caso particular (BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977. P. 21)

legislativa foi punida e, para esse fim, Tribunais superiores (STJ STF) foram criados para bloquear orientações jurisprudenciais pouco ortodoxas. No entanto, não é possível subestimar hoje a importância da confiança que é criada pelos cidadãos para a justiça quando o juiz passa a ter responsabilidade social para com a comunidade: quando se percebe que os textos da Lei não podem, por si só, respeitar as promessas e o juiz é co-autor da lei. O problema clássico da confiança é repensado: qual é a fidelidade que o juiz deve a Lei? E a mudança paradigmática pela qual passou a sociedade, o que significa ao direito?²⁰⁹⁸

O problema relacionado ao fosso entre a Lei formalmente existente e o direito, tem sido o centro de uma grande parte da atividade científica. Um dos grandes problemas atrelados ao sistema *civil law* é ter construído um sistema de direito sob uma “*paralisia judicial*”, pois restou ignorado os fatos empíricos, sociais e mundanos, escolhendo-se, em detrimento, uma escolha de caráter metafísico. ***Criando uma ordem formal, distinta da desordem real (fenômeno conflitual).***

Nesse sentido, toda codificação é o *pródromo* de um fracasso: pretende fixar, parar, fotografar, não no espaço, mas no tempo e muda o próprio objeto, de modo que se há de se olhar a realidade de hoje, que é adulta, e o retrato de outrora, para descobrir, não mais a margem exata, e sim os traços quer indiquem a identidade²⁰⁹⁹: o direito de hoje e o de amanhã são adaptações da existência, e não momentos estáticos.²¹⁰⁰

O direito acaba por *juridicizar* a existência com efeitos de judicialização ou ativismo judicial, a sociedade, porém, se foca extremamente em *apreender pela Lei a sociedade*, esquecendo-se que o ser humano está em constante adaptação, cujas paixões modificam-se com uma imensa rapidez, criando novas complexidades e (re) moldando a sociedade²¹⁰¹: “*As leis modernas são muito numerosas, muito complexas, muito variáveis para serem bem*

²⁰⁹⁸OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º 3-4/2013. Pp.701-727. P.721-726.

²⁰⁹⁹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 97-98.

²¹⁰⁰RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. P. 56.

²¹⁰¹Law judicializes all of society, which it grasps as a whole in its own peculiar fashion. To be sure, the sciences do nothing else, but through a very different form of mobilization, agitation, transformation, totalization and translation. In both cases the project that consists of plunging their autonomies into a bath of the social, hoping that they gradually dissolve, can but result in their complete disappearance – and in the consequent loss of these two elements so indispensable to the existence of the social. What would a society be without law, facts, techniques? How would it survive? Of what would it consist? How could it be unified, totalized? By what route would it be led to grant the support of all its members to one of them? In law, as in science, techniques, economics and politics, the sociologists of the social take the consequence for the cause: instead of studying the practical means that form and shape society, they talk about a society that is already present, both mysterious and inexplicable, to try to explain the only thing that has the power to engender it. (LATOURET, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010. P.228)

compreendidas e facilmente retidas. São a «confusão organizada», de que falava Spencer.»

2102

Por isso a criação do direito – a gênese do direito - se dá pela atividade jurisdicional: é manifestada junto a decisão que tem como pano de fundo a acentuação da administração judicial e a função jurisdicional²¹⁰³ em que as partes colaboram junto a construção do objeto do debate processual, que é a pura construção e desenvolvimento interpretativo do objeto do processo que se amplia diante o fenômeno conflitológico de interesses.^{2104,2105}

²¹⁰²CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero América, 1938. P. 216-266.

²¹⁰³The judges do not reason: they grapple with a file which acts upon them, which pushes and forces them, and which makes them do something. Nothing gives a greater impression of resistance, or of being a thing or a cause. Nothing seems more material or more real. But at the same time, this material has a very particular plasticity because each agent – claimant, lawyer, reporter, reviser, commissioner, formation of judgment, chronicler, academic – modifies the form taken by arguments, the salience of texts, and traces on this ectoplasm of the administrative law a set of divergent paths, mobilizing clans who confront each other with facts, precedents, understandings, opportunities or public morality, all of which are used to stoke the fire of the debate. And when this process comes to an end, it is never because pure law has triumphed, but because of the internal properties of these relations of force or these conflicts between heterogeneous multiplicities, and because the actors themselves consider that certain value objects have indeed been transferred and that conditions of felicity have indeed been fulfilled. First, the *authority* of the actors undergoes a more or less complete metamorphosis throughout the ordeal of the process of review. And the positions of all of the participants, not just the judges, are modified: there are more or less respectable claimants, more or less talented lawyers, more or less sound commentators. Then there is the second value object, the claim itself, whose *ordeal* through the proceedings, which is expressed in the trial, lends itself very well to an analysis in terms of conflict, progress, obstacles, turns, delays and victories. The third of the value objects that we identified, namely the *organization* of claims, files and judgments, which is a kind of logistics, enables the various stages of the proceedings to be made consistent with each other without doing too much demolishing or creating too many obstacles, and without making too many mistakes, or producing too much rubbish or wastage. Then, there is what we have called the *interest* of cases, without which the counsellors would long since have died of boredom, seated in their armchairs, their heads buried in their files. As we shall see, this is not so much a *libido sciendi*, but rather a *libido iudicandi*, which is attached to the difficulty of the case, and which requires that one not judge too quickly; a kind of greedy anxiety that is both useful and paradoxical as a measure of the difficulty of the act of judgment: the more impossible it is to ‘say the law’, the more ‘interesting’ it is to do so. (LATOURE, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010. P.192-193)

²¹⁰⁴Limitando per ora l’esposizione alle ipotesi in cui il processo assume una funzione strumentale rispetto al diritto sostanziale (che poi, oltre ad essere le ipotesi di gran lunga più numerose, sono quelle in cui il processo assolve, o dovrebbe assolvere, la funzione assegnatagli dalla Costituzione), è agevole constatare - a seguito di un esame anche sommarissimo – come la diversità strutturale delle situazioni sostanziali bisogne di tutela impone l’adozione da parte dello Stato di forme diverse (per quanto riguarda sia le sue modalità di attuazione) di tutela giurisdizionale ove si voglia realizzare davvero quel principio, insito nel carattere strumentale del processo, secondo cui il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire. Il carattere formale-strutturale del livello a cui sarà condotta l’indagine se da un lato rischia di far perdere (o di porre in secondo piano) la corposità dei bisogni di tutela propria delle singole situazioni sostanziali (quale può emergere solo da una analisi conteudistica), dall’altro lato consente però di utilizzare studi classici che la dottrina civilistica e processualistica ci hanno tramandato in tema di teoria generale delle obbligazioni e di rapporti tra diritto sostanziale e processo (Carneluti, Chiovenda, Betti, Andrioli): il notevole essere agevolmente compensato da una sintetica ma costante esemplificazione diretta ad attualizzare il discorso (PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto processuale Civile**. Seconda Edizione, Napoli: Jovene Editore, 1996. P. 35-36)

²¹⁰⁵[...] la interpretación judicial de la ley, que implica un conocimiento por comprensión de los sentidos jurídicos (por ejemplo del sentido de la justicia), no se parece en nada a la famosa teoría del silogismo judicial, divulgada con errores metodológicos por los autores cuya filiación intelectual viene del siglo pasado, en el sentido de que la ley fuera la premisa mayor, las circunstancias de hecho la premisa menor, y la sentencia la consecuencia obligada. En realidad, la interpretación de la ley, si se quiere buscar un símil, se parece mucho más a la interpretación de una *partitura musical* dentro de la cual caben lógicamente diferentes interpretaciones. Sabemos que en una misma partitura existe la posibilidad comprobada a diario, de que cada ejecutante la intérprete de distinta manera, pero

A discussão sobre a justiça da decisão que tomou tantas formas no decorrer do tempo, é, em realidade, um grande paradoxo, pois a justiça é assegurada implicitamente na decisão do juiz. Ocorre que a fragilidade de compreensão desse mecanismo faz com que se recorra a uma justificação externa do julgamento: e é encontrado precisamente no processo de decisão: para poder legitimar a disposição judicial, antes de mais, é necessário que o julgamento seja processado por um terceiro imparcial, além disso, uma condição adicional deve ser satisfeita, ou seja, o processo correto do procedimento, o respeito pelo princípio contraditório o direito de defesa e a igualdade de armas entre as partes, o que garante a cada um deles um direito de influência sobre a formação da decisão judicial. A participação ativa das partes no processo é um elemento igualmente necessário. Assim são estas as regras orientadas pela esperança de fornecer uma ferramenta para a formação da decisão justa, justa em seu processamento, o que obviamente é muito melhor quanto mais o juiz é capaz de avaliar os pontos de vista opostos no diálogo com as partes. Essa justiça é a legitimação social e a condição de validade da decisão judicial sob o perfil jurídico.²¹⁰⁶

claro está que dentro de ciertos límites. De modo que, siguiendo con la imagen, el sentido de estas conferencias va a ser una invitación a que se medite un poco sobre esta ejecución musical que, como jueces, se hace cuando se sentencia; que se piense reflexivamente sobre esta manera de ejecutar una partitura, no musical pero sí jurídica. (COSSIO, Carlos. **El Derecho en el Derecho Judicial**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1945. P. 39-40)

²¹⁰⁶È inoltre opportuno parlare di un altro aspetto della trasformazione del rapporto con la politica nell'ambito del diritto in rete: 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). Si sta progressivamente prendendo coscienza del fatto che molte controversie riguardano non solo il conflitto tra diritti individuali opposti, ma anche la composizione di interessi più ampi, collettivi o diffusi. È importante che in queste circostanze il giudice, prima di prendere una decisione, sia adeguatamente informato di tutti gli aspetti più ampi che investono la controversia, per esempio chi sono esattamente le persone coinvolte, i gruppi o le categorie? Come si presentano i loro interessi? Come equilibrare le prerogative che vantano? Ora ci rendiamo conto che le procedure convenzionali, ereditate da una società di commercianti del XIX secolo, migliorerebbero se adattate al nuovo ruolo, più politico, dei giudici di oggi. Non c'è bisogno di prevedere udienze (hearings) all'americana o audizioni specifiche come le commissioni di inchiesta parlamentari. Occorrerebbe invece individualizzare, almeno nei casi più sensibili, il gioco dei ruoli che si svolge davanti al giudice⁴². È opportuno riconoscere l'utilità dell'*amicus curiae* che ha il ruolo di testimoniare (come per esempio un'associazione o un'associazione non governativa) e apportare al giudice elementi importanti in merito agli interessi in gioco nella controversia, tale *amicus* a volte subentra nel processo come parte interveniente. Un altro suggerimento è quello di abbandonare la tradizionale diffidenza dei tribunali (almeno per la magistratura belga) nei confronti delle azioni collettive promosse da collettività di attori o associazioni per difendere cause che non riguardano direttamente il loro patrimonio o l'integrità fisica. Tale riserva, che si può spiegare da un approccio malthusiano al controllo giurisdizionale (grande paura di far scattare l'*actio popularis*), e da un'eredità rousseauviana dello Stato (paura di cabale e fazioni, diffidenza per gli organi intermedi) ha perso molta della sua logica oggi, in una società in cui al danno di massa occorre riconoscere un'azione di massa (per esempio la *class action* negli Stati Uniti) e dove proliferano un grande quantità di nuovi argomenti di interesse collettivo. (OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º 3-4/2013. Pp.701-727. P.715-717)

Pode-se definir dois aspectos da justiça: a justiça possível de acordo com as aspirações históricas dos homens, escritas ou não em leis – Justiça com “j” maiúsculo; e, por outro, o produto de operações institucionais que adaptam os casos concretos aos modelos normativos – justiça com “j” minúsculo. Se queremos permanecer do lado da "justiça", o judiciário, o problema essencial parece ser o das relações com os outros: responder ao que cada homem ou mulher considera de acordo com sua consciência. Na atualidade estamos vivendo em uma concepção superior da sociedade: não como sinônimo de justiça distributiva, mas sociedade entendida como um esquema de cooperação, o que desemboca no processo na justiça dos atos processuais para a formação/construção da decisão judicial.²¹⁰⁷

Assim, o processo seria um conjunto de atos dirigidos a criação do direito pela compreensão hermenêutica, cujo caráter consiste na colaboração das pessoas interessadas, para alcançar tal fim. Não se trata da mera aplicação do direito, consistindo o processo somente na lei, mas significa o momento dinâmico do direito.²¹⁰⁸ É necessário um fenômeno para conceber os termos do conflito, causando assim uma *mutação da realidade*.²¹⁰⁹

²¹⁰⁷At this stage, we move to a higher conception of society: no longer just a scheme of allocation of shares synonymous with distributive justice, but society understood as a scheme of cooperation: through distribution, but beyond it, through procedure, but beyond it, allow us to strive towards something like a ‘common good’, which precisely makes the social bond. A good, paradoxically, made out of eminently shareable [partageable] values. In this respect, the communitarian dimension has taken over from the procedural dimension, incapable by itself of warding off violence. In sum, judicial allocation [partage judiciaire] is at one and the same time the apportioning of parts (which separate) and that which makes us take part [prendre part] in the same society, that is to say, that which brings us closer. From apportionment springs an emergent property, more important than the share falling due to each: concord reestablished and cooperation renewed. (OST, François. **To Avenge, to Forgive or to Judge? Literary Variations**. Disponível em: < <http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo9OST.pdf>> Acessado em:30/01/2018. P. 46)

²¹⁰⁸Se sabe hoy que el derecho no consiste sólo en la ley. Frente a lo que de ello se pensaba a principios del siglo pasado, nuestras ideas han cambiado profundamente. La ley no es más que un producto jurídico imperfecto, que para perfeccionarse necesita del acuerdo de las partes o de la imposición del juez. Se reconoce, por tanto, hoy que, aun en sus efectos puramente declarativos, el proceso sirve para formar el derecho. Esta función aparece más clara en el caso del proceso constitutivo o dispositivo, según yo gusto de llamarlo, cuyo ejemplar más conocido es el juicio de equidad. La experiencia italiana nos ha demostrado, el el proceso colectivo, fenómenos de formación de la ley misma por medio del proceso. (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 27)

²¹⁰⁹Llamamos derecho (*objetivo; ordenamiento jurídico*) al conjunto de los mandatos jurídicos (*preceptos sancionados*) que se constituyen para garantizar, dentro de un grupo social (*Estado*) la paz amenazada por los conflictos de intereses entre sus miembros. El derecho se constituye mediante la formulación de los preceptos y la imposición de las sanciones. Se observa mediante una conducta de los interesados conforme a los preceptos; se actúa mediante una fuerza que somete a las sanciones a los interesados rebeldes a su observancia. Llamamos (por antonomasia) *proceso* a un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de interesadas con una o más personas desinteresadas (*jueces; oficio judicial*); otro nombre usado en el mismo sentido es el de *juicio*, pero preferimos a él, ya por larga costumbre científica, la palabra proceso, sobre todo porque proceso se presta mejor a representar la estructura del fenómeno que se quiere significar. La voz proceso sirve, pues, para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por lo tanto, sea justa y cierta: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados no saben, y si no es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer. Así como para el objeto de obtener la reglamentación justa y cierta es necesaria una experiencia para conocer los términos del conflicto, una sabiduría para encontrar su punto de

A norma individual se dá com a criação do direito pela fusão entre a administração da justiça e função jurisdicional²¹¹⁰, as partes tem disponível faculdades e o juiz se encontra dentro da função processual que com o objeto do debate processual que acerca as fundamentações do juiz ao império para com sua função de julgar, ultrapassando as limitações impostas pelo direito subjetivo - formação do objeto processual - e pelo princípio dispositivo, desconstruídos pelos fenômenos ocasionais dados pelo caso concreto, que ultrapassam as limitações legais que exigem do direito objetivo o seu acertamento com a *iura novit curia*, dando respostas de direito ao sistema jurídico.

Neste cenário que se há esboçado, está claro que o ativismo judicial, a partir do processo, ou o novo protagonismo dos juízes acertado pela função processual em uma governança das partes, não é o resultado de uma evolução interna do direito e da administração da justiça, ou mesmo de uma transferência de poder aos juízes, mas sim de uma transformação dos espaços públicos. O Judiciário se converte em lugar de exigibilidade e legitimação democrática processual, porque oferece potencialmente aos cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomar-lhes a palavra²¹¹¹ e, sobretudo, de fazer com que sejam vistos os novos conflitos para além da lei, em razão da centralidade política aderida ao processo.

O ativismo judicial com advento da Modernidade iniciou com ideologias liberais frente ao Estado Reativo. Determinou assim frente à ciência do direito norte-americana o surgimento forte de elementos e fragmentos políticos e ainda princípios morais determinados em decisões judiciais, fenômeno este que veio em muitas outras decisões debater a política enroupadas por questões de epistemologia Constitucional em que foram aderidas uma filosofia valorativa

equilibrio, una técnica para aquilatar la fórmula idónea que representa este equilibrio, la colaboración de las personas interesadas con personas desinteresadas está demostrada para tal fin como un método particularmente eficaz. Por otra parte, tal colaboración, sobre todo en razón de la heterogeneidad de las personas que a ella concurren, determina necesariamente una secuela de actos que deben ser estrictamente regulados y evocan la idea de proceso, como mutación de la realidad que se lleva a cabo por una sucesión de hechos casualmente vinculados. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948. P. 21-22)

²¹¹⁰L'on découvre ainsi ce qu'est essentiellement un procès en partant des exemples de ce qu'il n'est pas. Comme pour la justice qui se détermine à partir de l'expérience de ce qui n'est pas juste. Et c'est par la même connaissance réactive que l'on admet que le procès n'est pas qu'une pièce de théâtre où chacun tient bien son rôle et se drap dans sa robe, mais le lieu toujours inattendu où se joue un enjeu sans cesse inédit pour qu'à son terme puisse être prise la décision la plus juste possible. En effet, l'office du juge est, à partir de la connaissance des faits la plus exacte que possible, de trancher les litiges en appliquant la règle de droit adéquate dans une décision la plus juste possible et la mieux acceptée que possible par les parties, y compris par le perdant. L'addition de tous ces possibles – qui ne fait que confirmer que la justice est humaine et que la vertu, notamment de justice, est une tendance et non un état – a pour socle le procès. C'est en effet grâce à au cours du procès que les faits seront recherchés, la règle de droit discutée, la décision mûrie. Le lien profond entre le procès et la justice est une raison de plus de rechercher quelle pourrait être, positivement, la figure du procès (FRISON-ROCHE, Marie-Anne. La philosophie du procès, propos introductifs. **Archives de philosophie du droit**, tome 39, Sirey, 1994, Pp.19-23. P.20)

²¹¹¹DE ZAN, Julio. **La ética, los derechos y la justicia**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.P. 253-254.

juntamente com a filosofia da consciência Kantiana. A lei detinha interpretações que na verdade ampliavam a sua moldura hermenêutica, e nos casos posteriores de ativismo judicial, estes tiveram roupantes publicistas ou sociais do direito apregoados à Democracia americana. Incidiram em casos de direitos fundamentais sociais. Tudo isto fez com que muitas vezes se confundisse o que é, sim, a criação do direito, como atividade política do juiz. Mas sim, não podemos cingir direito, política e sociedade; um conceito é aderente ao outro e complementam-se.

Conforme posto, o ativismo judicial já não mais pode ser conectado pela filosofia da consciência, mas deve, sim, ser legitimado pela governança processual no processo civil, pois este é espaço democrático para discussão dos fenômenos existenciais, e a decisão judicial deve refletir esses debates, passando a governança *judicial* à governança das *partes*,

O ativismo judicial junto à criação do direito adquire uma compreensão hermenêutica pelo desvelamento do fenômeno conflituoso de interesses, fazendo com que o contexto que tem com produto o fenômeno seja interpretado pelo texto. O ativismo judicial se acerca da administração jurisdicional a qual coloca as partes em um mesmo patamar, constrói-se um debate que perpassa o direito subjetivo e chega ao direito objetivo com a função do juiz que é compreender hermeneuticamente, o qual terá como fundamentação a abertura para ampliação a partir do direito objetivo processual manifestado como adaptação existencial – *ativismo judicial processual*.

Modesto Saavedra fala de um “uso alternativo do direito”²¹¹² pelos juízes para consolidar o direito e os instrumentos jurídicos em uma direção emancipadora: não seria este o reflexo de uma criação voluntária do juiz, sem romper a legalidade, e sim reconhecendo a função judicial²¹¹³ em uma legitimidade democrática processual, pois “*toda interpretação é*

²¹¹²Nuevos actos legislativos, y también nuevas prácticas sociales dejan obsoletas y en la anormalidad – en su doble sentido de excepcional y no adecuado a derecho – toda una serie de relaciones jurídicas constituídas al amparo de situaciones anteriores. En esse sentido, el juez llega a adquirir un protagonismo mayor, convirtiéndose en catalizador – entre otros – de toda una estructura contradictoria. De ahí que sea un hecho inevitable la toma de partido - aun antes de que pueda tener conciencia de ello – contraria al estatuto de neutralidad con que se há querido legitimar toda una labor política o político-jurídica. Este es el marco próprio en el que se presenta la propuesta política – puesto que de eso se trata – de un uso alternativo del derecho. (SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica**. México: Fontamara, 1994. P.14)

²¹¹³Es obvio que con esta expresión no se intenta abogar por una libre creación del derecho a margen de las fuentes previstas en el mismo ordenamiento jurídico. Por razones evidentes, eso no es una propuesta operativa en el estágio actual del desarrollo técnico-social y político. Desde ese punto de vista teórico, la historia de la ciencia jurídica conóce una etapa promotora de la disolución del principio de legalidad bajo el pretexto de la necesidad de atender a las exigencias de una realidad social que desborda constantemente las previsiones normativas ya sancionadas por los órganos competentes del Estado. Como se sabe, ello ocurrió en el sistema de derecho europeo a principios de siglo, como expresión de una de esas oscilaciones pendulares de la historia de las ideas, al reaccionar (exponer las motivaciones históricas, no viene al caso) frente al estrecho legalismo y al legalismo jurídico anteriores. A decir verdad, la disolución del principio de legalidad – la interpretación contra legem – fue escasamente compartida por los juristas de la época, y, si bien, há resurgido a partir de otros planteamientos

criativa, e que sempre se mostra inevitavelmente um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional”.²¹¹⁴

O Processo para o Ativismo Judicial é o espaço de compreensão hermenêutica, superando as bases de *segurança jurídica* erigidas pelo racionalismo. A entrada do fenômeno ao Processo faz com que a filosofia prática opere ao desocultamento do texto e do contexto junto a hermenêutica filosófica, que busca em uma ontologia fundamental a desconstrução ou construção de um direito apregoado à existência junto ao ser-aí ou ao estar-aí. Com isso os operadores jurídicos voltados ao desvelamento dos fenômenos não só procuram a atividade de reprodução textual para validar o direito como lei, mas com o caso prático condicionado ao contexto gerador do fenômeno conflitológico de interesses acaba o juiz com a plena administração judicial ampliando o debate dialético dialogal oportunizado com o debate processual compreender hermeneuticamente o fenômeno para assim poder completar a sua função jurisdicional no ato de julgar, podendo assim criar direito legitimado pelo *iura novit curia*.

A criação do direito pelo ativismo judicial deve responder os novos horizontes fenomênicos que nascem das complexidades sociais dinamadas. O Estado Reativo apregoado à Lei (*ao mito e simbolismo da Lei*²¹¹⁵) formaliza e reduz à Lei os fenômenos que encontram

éticos o iusnaturalistas – piénsese en la Alemania de posguerra -, las reacciones de la ciencia y de la política jurídica han sido fulminantes. Trastocar la relación de dependência del juez respecto a ley no parece que sea un intento con posibilidades de éxito. No se pretende, pues, algo así como una revolución en el equilibrio polírico constitucional: no se intenta despojar al legislador de su función ni liberar al poder judicial a su sumisión al derecho escrito, sino más bien promover una política jurídica o judicial permitida ya por las posibilidades del mismo ordenamiento jurídico. Pero, además, el uso alternativo del derecho no significa tampoco una apelación a la conciencia política o a la buena voluntad del juez de turno para animarle a efectuar una interpretación y aplicación del derecho que beneficie a la parte más débil de la controversia jurídica, para que efectúe una alianza táctica con las clases populares a fin de que maneje en su favor los posibles ressortes y mecanismos de la técnica jurídica. Antes que eso se trata de crear instrumentos permanentes y estables que trasciendan el personalismo o el voluntarismo del intérprete para asegurar, categorial o conceptualmente, puntos de apoyo con capacidad de convertirse en líneas positivas de ruptura de la dogmática usual. (SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica**. México: Fontamara, 1994. P.16-17)

²¹¹⁴Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas o grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitavelmente um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, tece o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 42)

²¹¹⁵A lei moderna constitui uma forma dessa mitologia branca. Compartilha suas origem e a dinâmica que a sustenta com a mitologia geral da modernidade e é uma peça-chave dessa mitologia. A composição mítica da lei pode ser constatada em seus atributos contraditórios. A lei é autônoma e, não obstante, socialmente contingente. É identificada com a estabilidade e ordem e, não obstante, ela própria muda e reage à evolução histórica. A lei é um imperativo soberano e, não obstante, a expressão de um espírito popular. Sua transcendência quase religiosa se contrapõe à sua temporalidade mundana. Ela corporifica o ideal e, não obstante, constitui um modo da existência presente. Em uma época do mito desabrido, essas irresoluções persistentes, que compõem o verdadeiro repertório

no judiciário legitimação para com a adaptação existencial, impedindo que esta aconteça, diferente da legitimidade democrática processual pelo Estado Ativo-Responsivo. O conceito de direito como Lei pressupõe que o homem é um *ser* jurídico, porém, o direito não é uma propriedade essencial do homem, pois somente seus atos constroem relações jurídicas. As relações são várias, e não se exaurem no que está nos dogmas.²¹¹⁶

De outro lado, o fenômeno conflitológico de interesses, seja como direito subjetivo ou seja como situação jurídica subjetiva, tem o desvelamento pelas partes no processo no que diz a colaboração calcada no contraditório, posta à compreensão hermenêutica, a qual serve para a desconsideração verificação do fenômeno formado com o objeto do processo pela processualidade adquirida com o jogo de debate processual que vem a apresentar-se com os contextos complexos e dinamados junto ao objeto do debate processual. Assim “... os juízes criam o direito apesar das disposições legislativas...”²¹¹⁷.²¹¹⁸ Esse é o reflexo do Estado Ativo Responsivo, cujo núcleo é a colaboração reativa como democracia.²¹¹⁹

do debate jurisprudencial, poderiam ser prontamente resolvidas em realidades variadas e, não obstante, afins. No entanto, essa solução não está explicitamente disponível nessa modernidade em que a realidade foi unificada e a verdade é disponível nessa modernidade em que a realidade foi unificada e a verdade pe indisponível. E não só isso: a lei típica uma forma moderna de autoridade racional que rejeita a repartição da vida entre diferentes reinos míticos. Em suma, as persistentes contradições a respeito da lei correspondem a suas dimensões míticas, ainda que estas não possam ser reconhecidas em um mundo não-mítico (FITZPATRICK, Peter. **A Mitologia na Lei Moderna**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1992. P. 10-11)

²¹¹⁶El concepto de derecho subjetivo presupone que el hombre es un ser jurídico. Sin embargo, el Derecho no es una propiedad esencial del hombre: únicamente sus actos son susceptibles de constituir relaciones jurídicas. El hombre es ontológicamente un ser político y social, moral, estético, religioso, económico, pero no es primariamente un ser jurídico; lo jurídico constituye una consecuencia de su dimensión ontológica política y social y, en cuanto ser responsable, de la moral. Utilizando la categoría fundamental de H. aendt, es consecuencia del hecho de la natalidad, de que hay pluralidad de hombrs que se relacionan entre sí. Así pues, el Derecho pertenece al orden relacional (NEGRO, Dalmacio. Prologo. GALLEGO, Elio A. **Tradicción Jurídica y Derecho Subjetivo**. Madrid: Dykinson, 1999. P. 13)

²¹¹⁷BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977. P. 8.

²¹¹⁸O termo Jurídico, assim como termo Ocidente, tem uma historia do Direito nos dias atuais é definido como sendo um conjunto de regras. As regras, por seu turno, são derivadas de leis ou de decisões judiciais em que estas últimas são reconhecidas como fontes do Direito. Sob este ponto de vista, contudo, não poderia haver algo que se denominasse de Direito Ocidental, já que não há um Legislativo ou Corte Judicial Ocidental. (Pelo mesmo raciocínio não seria possível conhecer um direito americano, mas apenas o direito federal dos Estados Unidos derivado das Cortes Federais e o direito local de cada um dos 50 estados). Tal definição de Direito é por demais estrita para um estudo que abraçe os sistemas jurídicos de todos os países do Ocidente nos vários períodos da história ocidental, tangendo não apenas o Direito contido nos livros, mas também aquela da vida prática. Este último envolve instituições, procedimentos, valores, conceitos e pensamentos jurídicos, bem como regras jurídicas. Ele abrange o que se denomina por vezes de Processo Legal, ou o que os tedesos chamam de Rechtsverwirklichung, a realização do Direito, the realizing of law (BERMAN, Harold. **Direito e Revolução**. A Formação da Tradição Jurídica Ocidental. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P. 14-15)

²¹¹⁹Pero la postulación del ordenamiento comporta una fundamentación consecuencia, y es que ella naturalmente genera lo que se llama proceso: postular el ordenamiento significa postular el juicio (para la resolución del ordenamiento en juicio de que hemos hablado) y el juicio es esencialmente proceso (processus iudicii, atus trium personarum, esto es, desarrollo de acción, en que está empeñadas las partes y el juez. También esto es derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento. Sin proceso, no hay jurisdicción; por consiguiente, acción, jurisdicción, proceso, son tres caras de una única realidad. Con esto queda confirmado lo que hemos señalado en principio, esto es, que la referencia al Estado y a su poder en la jurisdicción se debe entender con mucha prudencia, porque este poder (que ciertamente existe) o es, como podría hacer creer la calificación, absoluto, sino que está

Compreende-se que efeito contrário à exegese e à dogmática - reflexos da Pandectista - com imenso apego ao legalismo, servem de base fundamental para ciência e ao direito, bem como de base à estrutura ao Estado Ativo Responsivo, para o crescimento de movimentos *antiformais* e *contradogmáticos*²¹²⁰, os quais se demonstram como amplo exercício reflexivo do Direito contra a dogmática: processo e direito não são duas coisas diversas, senão uma expressão diversa, estática e dinâmica, de uma mesma coisa: o processo é o direito que se está a fazer e o direito é o processo que foi feito; que se está a fazer e que foi feito.²¹²¹

O Processo na atualidade evidencia romper com a arquitetura formal, dogmática e exegética, pois tem como elemento fulcral a necessidade de alimentar essa nova gênese do direito com base nos fenômenos conflitológicos de interesses, efeito da juridicização da vida, que vem a reestabelecer novas perspectivas ao direito pela produção acentuada de uma gramática social complexa que cada “segundo” procura respostas jurídicas a problemas existências cada dia mais envoltos ao *ser* e não a *dever ser*. Não só dos textos nasce o direito, mas também dos contextos, estes são muito relevantes à criação do direito.

La crítica de exceso formal de estas doctrinas aparece igualmente fundada em un examen a fondo de las mismas. Em efecto, y ello constituye, quizá, la objeción máxima contra este tipo de doctrinas, si su idea esencial fuera tan pronto como surge una inactuación del derecho subjetivo e del derecho objetivo. Evidentemente, ello no ocurre así: un lesión jurídica subjetiva u objetiva no bastan para producir un proceso, y no por el simple hecho de su eventual desconocimiento, sino por su radical inidoneidad para engendrar el fenómeno procesal. Para que el proceso exista es necesario siempre que la lesión se deduzca, mediante un instrumento específico, ante el Juez. Por lo tanto, existen muchos casos de verdaderas inadecuaciones de derecho que no se corresponden con otros tantos procesos concretos, y ello basta para

coordinado al no menos existente poder de las partes, en un perfecto equilibrio, y la demostración mejor se obtiene del mismo código de procedimiento, en el cual, al tratar del poder del juez no se hace otra cosa en definitiva que establecer los límites en relación al poder de las partes (arts. 112 y segtes). (SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1973. p. 292-293)

²¹²⁰A contradogmática no Brasil tem como expoentes Warat e Leonel Severo Rocha, e tem um longo caminho frente ao período ditatorial vivenciado na América Latina.

²¹²¹A fin de encontrar la salida, tratemos de enuclear la idea fundamental del derecho. Por fortuna, los nombres mismos son transparentes: *legere* significa no sólo *leer*; sino *ligar*, y *lerr*, por otra parte, nos es otra cosa que *ligar*; el significado originario de *ius* es igualmente claro, ya que la raíz de la misma es *iungere*; ¿por otra parte, nos es la línea recta (derecha) la más breve conjunción entre dos puntos? El derecho es un *ligamen*; no hace más que apretar el tejido social lacerado por la guerra. Y el proceso? Qué es, pues, el proceso? Si se piensa en la significación más pura de esta palabra, surge la misma idea. *Processus* no es más que una síntesis de lo que ha sido y de lo que será, del pasado y del futuro. Cuando un juez condena a muerte a un homicida, qué hace sino vincular su pasado a su futuro? Si yo dijera, pues, que *el derecho es un proceso*, mi proposición sería exacta. Y puesto que el juicio, a su vez, no es otra cosa que la síntesis del pasado y del futuro, podría yo decir también que el derecho es un juicio. Así, en términos generales, derecho y proceso no son ya dos cosas diversas, sino una expresión diversa, estática o dinámica, de una misma cosa: el proceso es el derecho que se hace, el derecho es el proceso que se ha hecho: hacerse, pues, y hecho. Decir que el derecho supone el proceso, significa, pues, que el derecho tiene necesidad de hacerse, y decir que el proceso implica el derecho, quiere decir que no puede hacerse si no está ya hecho. De este modo el círculo vicioso, en lugar de eliminarse, se agrava, pero por lo menos se explica: su fórmula contradictoria no hace más do que representar el origen del problema del derecho. (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. P. 28)

demonstrar la imposibilidad de establecer un correcto paralelo entre una y otra figura. En definitiva, la concepción del proceso como un instrumento de actuación del derecho lleva a resultados de um lado innecesarios, y de otro, exagerados para la explicación de la instituciones.²¹²²

O *Direito Objetivo defendido*^{2123,2124} é aquele que nasce em um momento estático com o objeto do processo e se desenvolve com o objeto do debate processual, junto ao objeto do debate processual, *locus* democrático, ocorrendo um jogo dialético-dialogal entre as partes no tocante a colaboração reativa que é incidente da construção de um cidadão ativo, emancipado a desvelar o fenômeno conflitológico de interesses. Essa consideração do direito objetivo é muito diferente, pois o direito nascerá pela decisão judicial, com sua originalidade, mas atribui às partes a construção do direito.

O direito não passa mais a ser reflexo da filosofia da consciência do julgador, pois esta concepção do direito é altamente antidemocrática e o perfil ao qual adota-se é o de uma legitimidade democrática processual, assim constituída pela dinâmica processual, se da a governança das partes reduzindo as subjetividades postas ao governo do Estado-Juiz, assim:

O juiz não tem de impôr-nos «o seu» direito, tal como pode concebê-lo de uma maneira ideal, isto é mais ou menos subjectiva, mas tem de executar «o nosso direito», o direito que a sociedade pede e espera, o direito necessario á aparição d'um contracto novo, ao desinvolvimento d'um modo de produção industrial, á propagação d'uma descoberta scien-tífica, á transformação dos laços do casamento ou da família. Por outras palavras, o magistrado não tem de fazerse officiosamente o director da consciencia jurídica da nação; deve ser tão sómente o servidor impessoal da utilidade social, apreciada d'um modo objectivo. Sob este ponto de vista, que aos nossos olhos é capital, o respeito das leis e dos princípios legaes tem por effeito eminentemente util reter o juiz no declive d'uma ideologia jurídica muito pessoal. Aos seus olhos a lei exprime o que se poderia chamar o imperativo categorico da consciencia social. Se a lei cessou de exprimir as necessidades e as ideias do meio social, o juiz não deixa de o levar em conta nos seus julgamentos, mas só quer tocar nos textos com mão leve, tímida e circumspecta. E assim é que, sem o saber principalmente sem o dizer, elle tem sido um agente de evolução historica; *mas soffrendo a pressão dos factos*, não rivalizando com o legislador no desígnio de amoldar ao sabor dos seus desejos a materia prima do direito, isto é o homem tal como é na sua psychologia individual e collectiva.²¹²⁵

²¹²²DELGADO, Jaime Guasp. **La Pretensión Procesal**. Madrid: Editorial Civitas, 1981. P. 37.

²¹²³[...]il diritto positivo si giustifica non solo in base a una validità formale, ma anche a una validità sostanziale (che non è, insistiamo a dire, estrinseca valutazione), nella quale esso trova ad un tempo la sua ragione e il suo limite. (SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.90)

²¹²⁴Vulgarmente, exames desatentos confundem o direito subjetivo, a pretensão, e a ação. A ação, a *actio*, supõe, sem necessitar, o direito objetivo, que a dê, de fato, que constitua a razão de seu exercício. Por isso mesmo não se identifica com o dever do sujeito passivo. Se o direito subjetivo tende à prestação, surgem a pretensão e a ação. A ação supõe haver transgredido a norma, constitui outro *plus* e tende, não a prestação, mas a efeito jurídico específico. O credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui: tem-no, desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão. Se o devedor não paga como e quando deve pagar, cabe-lhe então, a ação. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.P.49)

²¹²⁵CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero América, 1938. P. 81-82.

Essa defesa do direito objetivo correlaciona-se com a atual fase vivenciada pela complexidade das relações sociais. É o resultado da criação de uma normativa individual – frente à normativa geral.²¹²⁶ Desse modo, o direito objetivo processual centra no império da governança processual das partes em uma centralidade política processual, pois:

La nueva dimensión de lo humano exige una medida jurídica diferente que amplíe el ámbito de los derechos fundamentales de la persona. Las personas se apropian de la tecnología a través del cuerpo, y esta se ajusta a la medida de lo humano. Junto a estas nuevas oportunidades, sin embargo, hay situaciones en las que la hibridación de lo humano con instrumentos tecnológicos no conduce a una ampliación de las facultades de la persona, a un «human enhancement», sino a una conformación tal del cuerpo que facilita su control desde el exterior, incidiendo así sobre la identidad. Es el caso, entre tantos otros, de la inserción bajo la piel de microchips que, gracias a las radiofrecuencias, permiten transformar a la persona en una entidad que transmite constantemente informaciones que otros pueden utilizar de inmediato. La apropiación de las tecnologías a través del cuerpo ha dado un giro radical y es justamente la tecnología la que ha abierto la vía a la expropiación cotidiana.²¹²⁷

A pretensão individual à prestação jurisdicional é única no seu complexo, tanto com relação ao fenômeno, quanto com relação aos estágios do processo, no qual é composto o desempenho acostados em uma dinâmica processual. Esta singularidade do processo tende a uma multiplicidade de exigência de prestação do órgão jurisdicional pela legitimidade democrática processual, expressadas por objetos formais e substanciais que ganham novas

²¹²⁶La legge, in un ordinamento democratico, esprime (o dovrebbe esprimere) una esigenza popolare, via nella coscienza di tutti i partecipanti a quella società: e il giudice, che è l'interprete ufficiale di quella legge, deve trovare rispecchiata in se stesso la coscienza sociale da cui quella legge è nata, e leggerla nella propria coscienza individuale gli sopi di ordine generale che il suo popolo ha voluto raggiungere con quella legge. (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968. p. 649)

²¹²⁷Hay otra lectura, bien concedora de todo esto, pero también del hecho de que los derechos siguen siendo un potente instrumento, tal vez el único, para decir que otro mundo es posible, para indicar el camino por donde poder disolver estas antinomias que están ante nosotros. Persona y no propiedad; ciudadanía inclusiva y no regresiones hacia una ciudadanía discriminante que confía la efectividad de los derechos a la disponibilidad de recursos económicos; medio ambiente y no uso destructivo de los recursos; conocimiento como bien común y no como objeto de apropiación privada; salud como libertad de gobierno de la vida y no como objeto de poderes externos; trabajo y existencia libre y digna y no regresión hacia el trabajo como mercancía. Y la igualdad, para la que no estaría de más volver a Montesquieu: «lo que llamo *virtud* en la república es el amor a la patria, es decir, el amor a la igualdad». De esta conexión debemos ser siempre conscientes: precisamente desde la igualdad se había teorizado el ocaso en años bastante cercanos, mientras que ahora retorna como ineludible piedra de toque, como instrumento de análisis del mundo globalizado y como criterio de inspiración y de juicio de la acción política, justamente porque debe ser afrontado el dramático crecimiento de las desigualdades. (RODOTÀ, Stefano. **El Derecho a Tener Derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P.289 e 100)

dimensões no objeto do debate processual: é o que singulariza a reivindicação jurídica e as torna única, devendo ser elaborada, igualmente, uma decisão única.^{2128,2129}

O aspecto revolucionário do direito não se encontra no processo, mas sim, se encontra na lei, pois a lei representa o momento estático do direito, o que impede que seja melhor colmatada realidade ante às mudanças frutos da existência. A Lei tem no seu conteúdo sempre um mandato, mas quem efetua e cumpre esse mandato é o juiz: quem mata o réu é o juiz, e não a Lei. O processo, nesse sentido, possui uma autonomia frente a Lei, catalisando-a e adequando-a à existência, apresenta perfil contadogmatico e com isso a revolução do direito objetivo processual, gênese do direito.²¹³⁰

²¹²⁸Dalla natura e dall'oggetto di questa prestazione dello Stato, può desumersi il carattere giuridico dei rapporti da essa nascenti. Ma, poichè la prestazione deve esser resa così all'attore, cioè a colui che per primo promuove l'esercizio dell'attività giurisdizionale, come al convenuto, cioè colui nei confronti del quale l'attività giurisdizionale è promossa, si delinea la necessità di distinguere il rapporto intercedente tra l'attore e lo Stato (rapporto giuridico di suase propriamente detto) da quello intercedente tra il convenuto e lo Stato (rapporto giuridico di contraddizione in giudizio (12): eccezioni e «Ufesa»), nel rendimento della prestazione giurisdizionale. All'obbligo giuridico dello Stato di prestare l'attività giurisdizionale, per accertare o realizzare coattivamente gli interessi tutelati dal diritto obiettivo, quando siano rimasti per una qualsiasi ragione insoddisfatti, corrisponde, innanzi tutto, una pretesa giuridica individuale, che lo Stato intervenga e spieghi tutte quelle attività, che sono connesse al conseguimento di quello scopo. Questa pretesa o ragione giuridica individuale, si estrinseca in una serie di facoltà di un soggetto determinato, di pretendere o di esigere, che lo Stato medesimo, a mezzo dei suoi organi giurisdizionali, agisca positivamente per la soddisfazione dell'interesse individuale all'accertamento o alla realizzazione coattiva degli interessi materiali, tutelati dal diritto obiettivo. Tutto il contenuto giuridico della pretesa dell'attore, si esaurisce nell'esigere i singoli atti giurisdizionali, costituenti il contenuto dell'obbligo giuridico corrispondente dello Stato, e nel compiere tutti quegli atti processuali che, secondo le norme processuali, costituiscono il presupposto per l'emanazione degli atti degli organi giurisdizionali. Tra la pretesa individuale e l'obbligo giuridico dello Stato vi è perfetta corrispondenza, cioè, obbligo e diritto coincidono nel loro contenuto, che è costituito dall'azione positiva degli organi giurisdizionali dello Stato. La pretesa individuale ha carattere indubbiamente di diritto pubblico, poichè ha per oggetto una determinata attività dello Stato, nella esplicazione della quale lo Stato agisce ed interviene come sovrano. Lo Stato, nella esplicazione della funzione giurisdizionale è, di fronte al cittadino, tenuto alla esplicazione di un'attività sovrana il rapporto giuridico intercedente tra attore e Stato, essendo un rapporto tra sovrano e suddito, non può, necessariamente, non essere un rapporto di diritto pubblico. Ma, la pretesa giuridica individuale al rendimento della prestazione giurisdizionale, unica nel suo complesso, si scinde, in relazione ai singoli stadi o momenti del processo, in una molteplicità di ragioni o pretese, al rendimento dei singoli atti giurisdizionali, di cui la prestazione giurisdizionale si compone. Questa molteplicità di ragioni o pretese, comprese in una ragione unica, tende a una molteplicità di prestazioni e ogni singola prestazione si può concepire come oggetto di una singola pretesa. In altri termini: La pretesa individuale si scinde nel suo esercizio in una serie di facoltà di esigere o di pretendere singoli atti della attività giurisdizionale, a cui corrisponde l'obbligo giuridico degli organi giurisdizionali (Stato) di compiere gli atti richiesti. La pretesa giuridica individuale, astrattamente considerata, comprende, quindi, in blocco tutte le facoltà di esigere, che le norme processuali riconoscono all'attore di fronte agli organi giurisdizionali; ma poichè ogni pretesa giuridica astratta si risolve in una somma di pretese giuridiche concrete, ciascuna delle quali tende ad una prestazione individualizzata, che possono costituire il contenuto di una concreta pretesa giuridica dell'attore (ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Vol. I. Parte Generale. 2 ed. Roma : Editrice Torinesi, 1966. P. 251-253)

²¹²⁹Le juge, lorsque le litige est porté à lui, dispose d'un pouvoir souverain quant à la qualification des faits objets du procès, et d'un pouvoir encadré mais réel quant au choix de la solution à apporter. La qualification juridique des faits est une opération très importante, susceptible elle aussi de conduire à des situations conflictuelles. Les juges du fond peuvent ainsi, pour une même situation de fait, opter pour une qualification juridique différente. Ces différents choix conduisent alors à une disparité de traitement de faits pourtant similaires. (DAUDET, Victor ; NAVARRE-BRAGER, Jeanne. L'idéal de Justice, poursuivi par le Droit objectif, porteur de conflit avec le justiciable. **Jurisdoctoria**, n.° 2, 2009. P.34-38)

²¹³⁰Si potrebbe infatti osservare che il carattere antirivoluzionario, il momento eterno, come sopra abbiamo detto, non è specifico del processo, ma si ritrova già nella legge che precede il processo. E in realtà, vi è qui un aspetto

Depois das digressões acima, pergunta-se: qual o objetivo do processo? um fim público ou eminentemente privado? O “fim” do processo varia - *pacificação, realização do direito objetivo, proteção do direito subjetivo* -. Ocorre que o “fim” do processo é estranho ao direito processual, pois o fim é pré-processual, depende de regras que ampliam ou limitam a interpretação e aplicação da lei pelo judiciário. Pode-se considerar, assim, que o *fim* pertence ao direito público – mais ao constitucional do que qualquer outro ramo -; os próprios princípios processuais possuem fins particulares políticos, cujos fins são dados por cada objetivo visado. O processo, desta forma, é a criação do direito pelo Estado; mas não o único, pois o credor que paga o devedor nem por isso deixou de aplicar o direito.²¹³¹ O comportamento humano é direito, de modo que “...*l’aggettivo si fa sostantivo e il sostantivo aggettivo*”²¹³². Direito é plena existência.

di vero, perché la legge, in sé e per sé considerata, non è compatibile con l’atto rivoluzionario; anche chi vuole una legge, nega la rivoluzione. Ma se si penetra a fondo lo sguardo non si stenta a vedere che la verità è più apparente che reale o almeno più formale che sostanziale: perché essa si riferisce non già alla legge come contenuto, ma alla legge come forma, come strumento. Il contenuto della legge è sempre un comando: e il comando è per definizione un atto arbitrario, un atto di onnipotenza e come tale non può non essere rivoluzionario rispetto a un atto anteriore, a un ordine anteriore. Come tale anche si sottrae ad ogni critica che non sia quella politica o morale, perché la critica sotto il profilo giuridico appartiene, se del caso, ad un momento precedente, a quello dell’usurpazione del potere, del sovvertimento delle forme imposte da un dato ordinamento per costituire la legge. Si dirà – e così si passa alla seconda obiezione – che il contenuto della legge, il comando rivoluzionario, sia di natura tale che il processo non possa che portare all’attuazione del comando medesimo, cioè all’uccisione. Il giudice ucciderebbe perché la legge gli impone di uccidere: il momento dell’assassinio legale non sarebbe nel processo ma nella legge; per dirlo in termini moderni, si tratterebbe di una questione di diritto sostanziale, non processuale. Se questo fosse vero, il problema da noi posto non esisterebbe neppure. E che un elemento di vero ci sia, non si può certo negare, perché la legge è indubbiamente un dato che si impone al giudice, e del quale egli non può non tenere conto: ma non è più che un elemento, perché la falsità del sillogismo giudiziale non ha più bisogno di essere dimostrata, perché se fosse più che un elemento il legislatore non avrebbe bisogno di istituire i tribunali rivoluzionari, dopo aver dettato la legge rivoluzionaria. La realtà è che chi uccide non è il legislatore ma il giudice, non è il provvedimento legislativo, ma il provvedimento giurisdizionale. Onde il processo si pone con una sua totale autonomia di fronte alla legge e al comando, un’autonomia nella quale e per la quale il comando, come atto arbitrario di imperio, si dissolve, e imponendosi tanto al comandato quanto a colui che ha formulato il comando trova, al di fuori di ogni contenuto rivoluzionario, il suo “momento eterno” (SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.41-42)

²¹³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. P.XXXI- XXXII.

²¹³²[...] se il diritto è la regola del rapporto umano – *proportio hominis ad hominem* – esso presuppone il rapporto umano non come fatto bruto, sul quale un capriccioso legislatore opera senz’altro limite che quello della propria legittimazione formale, ma come fatto normativo esso stesso. Il rapporto umano è “diritto” (l’aggettivo si fa sostantivo e il sostantivo aggettivo) proprio per la sua intrinseca normatività. È diritto e più semplicemente si può dire è, perché il diritto si risolve nell’essere del rapporto umano, onde procede poi il dover essere della norma. Se questo è vero, si chiariscono i rapporti tra diritto e norma. Nel vasto quadro della organizzazione statale, noi siamo avvezzi a considerare questi due termini in rapporto causale, a pensare cioè la norma come una regola di condotta generale e astratta che ha la sua fonte nella legge, e il diritto, detto appunto positivo, come la risultante del complesso di queste norme. Si può e si deve ammettere tutto questo: ma solo ad un patto, che non si dimentichi che il rapporto umano nella sua concretezza è esso stesso norma, e quindi diritto e norma stanno originariamente ed essenzialmente non in relazione causale, ma in relazione di identità. Senza la normatività del rapporto, il diritto positivo stesso sarebbe inspiegabile: o meglio esso si ridurrebbe a una serie di comandi, solo formalmente validi, come del resto è stato ritenuto, cioè verrebbe a negarsi il diritto come una delle grandi componenti della vita umana. (SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.90)

Esse é o mistério do processo. Não busca ser justo ou possuir um determinado fim. Seu objetivo é misterioso tal qual a vida “...*la vita stessa anzi non è altro che l’immenso fiume dell’azione umana, che sembra procedere e svolgersi senza una sosta.*”²¹³³ O mistério do

²¹³³Negli anni della mia primavera – poiché anche i giuristi hanno una primavera – mi accadde di dover ragionare intorno al problema del cosiddetto “scopo del processo”. È un problema fondamentale, un problema centrale, in cui due concezioni e due mondi si oppongono e si urtano, l’attuazione della volontà della legge, da un lato, e dall’altro la difesa del diritto soggettivo, la concezione pubblicistica e la concezione privatistica del processo, con imponenti riflessi anche sul terreno della pratica. E ragionando con la temerità propria dei giovani anni, io dissi allora che il problema era mal posto, addirittura non esisteva perché semplicemente il processo come tale non aveva scopo, se anche uno naturalmente potevano e dovevano averne le persone che agivano nel processo e gli atti nei quali la loro azione si concretava. Ho chiesto molte volte, come Danton, perdono a Dio e agli uomini di tanto coraggio; ma oggi fissando quel piccolo “tratto scoperto” l’intuizione giovanile riaffiora e si impone alla matura esperienza, se pur non è l’esperienza, come spesso accade, che si risolve nella giovanile intuizione. In realtà, lo scopo di un atto, mi sembra si debba convenirne, è qualcosa che sta necessariamente fuori dell’atto, rappresenta l’inserirsi dell’atto nella vita pratica, e come tale è indispensabile all’atto, che privo dello scopo non sarebbe neppure un atto: la stessa legge riflette questa verità quando profila l’inidoneità dell’atto a raggiungere il suo scopo. Ma il processo? Ha il processo uno scopo? Non si dica, per carità, che lo scopo è l’attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità: se ciò fosse vero sarebbe assolutamente incomprensibile la sentenza ingiusta, e la stessa forza del giudicato, che copre, assai più che la terra, gli errori dei giudici. Tutti questi possono essere e sono gli scopi del legislatore che organizza il processo, della parte o del pubblico ministero che in concreto lo promuove, non lo scopo del processo. Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio; e *processus iudicii* infatti era l’antica formula, contrattasi poi, quasi per antonomasia, in *processo*. Ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque se ha uno scopo, lo ha in se stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno. Veramente processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno uno scopo. Paradossale? No, non è un paradosso; è un mistero, il mistero del processo, il mistero della vita. Se noi contempliamo il corso della nostra esistenza – il breve corso della nostra vita individuale, il lungo corso della vita dell’umanità – esso ci appare come un susseguirsi, un intrecciarsi, un accavallarsi di azioni, belle o brutte, buone o cattive, sante o diaboliche: la vita stessa anzi non è altro che l’immenso fiume dell’azione umana, che sembra procedere e svolgersi senza una sosta. Ed ecco, a un dato punto, questo fiume si arresta; anzi ad ogni istante, ad ogni momento del suo corso si arresta, deve arrestarsi se non vuole diventare un torrente folle che tutto travolga e sommerga: l’azione si ripiega su se stessa, e docilmente, rassegnatamente si sottopone al giudizio. Perché questa battuta di arresto è proprio il giudizio: un atto dunque contrario all’economia della vita, che è tutta movimento, tutta volontà e tutta azione, un atto antiumano, inumano, un atto veramente – se lo si considera, bene inteso, nella sua essenza – che non ha scopo. Di quest’atto senza scopo gli uomini hanno intuito la natura divina, e gli hanno dato in balia tutta la loro esistenza. Di più: tutta la loro esistenza hanno costruito su quest’unico atto. Secondo il nostro credo, quando la vita sarà finita, quando l’azione sarà conclusa, verrà Uno, non per punire, non per premiare, ma per giudicare: *qui venturus est iudicare vivos et mortuos*. (SATTA, Salvatore. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.P.44-45)

direito^{2134,2135}, por sua vez, é ser o processo seu gênese, pois o direito é ritmo da vida, um ritmo necessário e constante da consciência dos cidadãos e dos povos para uma democratização da democracia e pura adaptação existencial^{2136, 2137}.

²¹³⁴Perciò, anziché solo *mistero del processo*, direi, anzi dico: *mistero del diritto*; e vorrei precisare cos'è che non siamo ancora riusciti, anzi, fino a che 'rimarremo su questa terra, non riusciremo mai a spiegare. Quando ti facevo lezione, Asquini, non ci avevo ancora pensato, per quanto sia la cosa più ovvia di questo mondo; ma sono proprio questo le cose che sfuggono, fin qui siamo giovani, alla nostra attenzione. Che non solo il processo ma il diritto, tutto intero, sia un congegno costruito degli uomini, ho capito fin da principio sono passati ormai molti anni de che ho paragonato i nostri concetti ai mattoni con i quali si fabbrica una casa. Ma il paragone, assai più che a un edificio, deve riferirsi a una macchina, perché l'edificio sta fermo e il diritto si muove. Ora, al posto dei pezzi della macchina, di legno o di ferro, nel costrutto del diritto che c'è? I concetti, insomma, di che son fatti? Questa è la cosa, ovvia, anzi banale, alla quale allora e anche più tardi, per molti anni, non ha saputo pensare: la macchina del diritto è fatta di parole. Certo la macchina serve a trasformare la materia. E il diritto no? La ghigliottina tronca la testa a un uomo: più trasformazione di così! La lunetta cade perché il carnefice, premendo un tasto, la fa cadere; ma il carnefice perché si muove così? Qui non c'è, per spiegare il suo movimento, alcuna causa fisica; ma solo la forza del diritto. E la forza del diritto cos'è? La risposta è scritta nel Vangelo <lo spirito non vedi né donde viene né dove va>, ha detto il Maestro a Nicodemo; <ma ne odi il suono>. Il carnefice non vede né sente un braccio che lo fa muovere; ma ha udito la condanna; e la condanna, proprio, è fatta soltanto di parole. Basta dunque la parola per trasformare il mondo? Se non bastasse non servirebbe a nulla il diritto. (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Parola. Rivista di Diritto Civile*, 1962, I, P.325-326)

²¹³⁵Esta imaterialidad (*do direito*) le concede uma dimensão misteriosa para el hombre corriente, y de ahí procede el primero de los motivos que hacen que el derecho aparezca rodeado por una tupida red de incomprendiones. Una dimensión misteriosa, por tanto, y, también, muy desagradable. (GROSSI, Paolo. **La Primera Lección de Derecho**. Barcelona: Marcial Pons, 2006. P. 17)

²¹³⁶DEL VECCHIO, Giorgio. **A Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960. P. 206.

²¹³⁷A defesa de direitos não aceita a lei como fato consumado. Ela se vale de todos os recursos de análise jurídica para defender a aplicação de uma regra de preferência a outra, para justificar uma interpretação especial, para invocar proteções, para reconstruir fatos de modo a favorecer a sua causa. Assim fazendo, incentiva a afirmação dos próprios direitos e a crítica minuciosa da autoridade existente. A longo prazo, isso acaba por instilar na ordem jurídica uma dinâmica de mudança e a criar expectativas de que o Direito possa responder de maneira flexível a novos problemas e novas demandas. Ascende assim no horizonte a concepção de possibilidade de uma ordem jurídica responsiva, mais aberta à influência da sociedade e capaz de lidar de maneira eficaz com os problemas sociais. (NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. P. 120)

IV. CONCLUSÃO

¡cuántos fueron y son aún los juristas, que ignoran también la diferencia entre hombre y fanteche, habiendo enseñado y todavía enseñando, con adorable ingenuidad...²¹³⁸

Com a superação da rígida separação de poderes o Juiz passou a adentrar a seara política em suas decisões e a Jurisdição se transforma em um palco para as dinâmicas sociais mais relevantes. O fenômeno de centralidade política, primeiramente voltou-se ao Estado-Legislator, retirando da sociedade civil o seu caráter político, por onde a Lei é a manifestação política da representação, efeito este apresentado com a separação dos poderes. A democracia representativa, muito embora seja o reflexo da necessidade de ruptura com o Estado Arcaico, vem a ser a possibilidade da Burguesia concentrar o poder na propriedade, considerando os humanos como não-humanos e realizar a centralidade do Poder em um poder político pela *lex*. O Estado-Legislator, para evitar avanços da Aristocracia Judicial, limita seus poderes à vinculação das decisões à Lei e justifica seu poder na legitimação social pela democracia representativa, criando uma artificialidade no tocante à representação democrática, legitimando seu poder politicamente no império da lei na sua representação.

O modelo de Estado Liberal, quando sofre uma profunda crise de legitimidade legal, acaba por possibilitar o direito aos que não tinham direito: vários juízes começam a dar voz ao povo e a construir legitimidade política em suas decisões. Começa na aplicação da lei por meio da interpretação a atingir a centralidade política da lei, proporcionando com o passar dos tempos, e com vários efeitos jurídicos, a alteração da epistemologia do direito à formação de uma epistemologia constitucional, propiciando ao juiz protagonismo e gerando a politização jurisdicional do direito. Isso irrompeu em uma profunda modificação sob as atribuições do julgador, servindo para ampliar o papel do controle jurisdicional sobre os poderes públicos pelas novas prestações requeridas pelos direitos sociais constitucionalizados: saúde, educação, segurança social, subsistência e outros análogos. Os assuntos levados aos juízes e tribunais

²¹³⁸Sin embargo, el mundo contiene también los fanteches. Y el problema del derecho es la lucha entre el hombre y el fanteche. En verdad la ley no puede servirse más que del fanteche para gobernar al hombre. Y si la ciencia jurídica empezó con el estudio del fanteche, no podemos reprocharle que no haya justamente reconocido el punto de partida. El problema en suma, no es ni el problema del hombre ni el problema del fanteche sino el problema del uno y del otro. El fanteche es como la mano de la ley. Sin manos ¿cómo pudiera la ley agarrar a los hombres? Los fanteches tratan de detener a los hombres, y los hombres de huir. He aquí, la lucha, sin conocer la cual no se conoce el derecho. Es por eso por lo que cuando, como resultado del estudio de la ley y del hecho[...] el problema del derecho no está más que propuesto: se presentan, así, los dos términos uno contra el otro; pero el conocimiento del derecho no se logra sin ver cómo la lucha se desarrolla y se compone. (CARNELUTTI, Francesco. **Arte del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948. P. 56-58)

passam a apresentar grande relevância social, e serão agendados e definidos na decisão judicial, já que os demais poderes do Estado se negaram solucioná-lo e esses assuntos passam a integrar as decisões de cunho político. Ocorre assim um aumento do papel da jurisdição.

Desse modo, em um segundo momento, a representação política disléxica do Legislador é efetuada junto ao Estado-Juiz, pois este, sob influências das mais diversas, vem a ser o centro da politização do direito: seu ato decisório representa a política e faz alvorecer a divisão dos poderes, sendo o fenômeno impulsionador de sua politização, o Ativismo Judicial. Com a politização da Jurisdição, a principal consequência é o emergir do fenômeno cunhado como *ativismo judicial*, que adere à jurisdição alta carga política à decisão. De outro lado, o ativismo judicial também foi usado como escape para decisões baseadas na filosofia da consciência, o que acabou por impregnar a ideia de que o ativismo judicial é nocivo para a democracia e obnubilar discussões sobre a importância da aderência política ao judiciário.

Restou evidente que a política e o direito são temas altamente relevantes, os quais determinam a configuração dos Poderes. Em um terceiro momento, efetua-se a passagem da Jurisdição ao Processo, fruto da maior permeabilidade democrática nas instituições, bem como em razão da auto-consciência subjetivadora pela qual o ser é imbuído, por meio da qual exige uma participação democrática e política, o que faz crescer a necessidade e legitimidade de participação, momento no qual o Processo passa a se tornar a politização da existência. Esse terceiro momento é marcado pela ideia de um Estado Ativo-Responsivo, sendo este modelo um ponto de transição de diversos paradigmas e demarca na atualidade a centralidade política dos cidadãos ativos, os quais exigem a superação de um mero indivíduo de direitos pré-existentes para a de cidadãos com posições políticas.

A centralidade da política retorna ao cidadão como um cidadão ativo frente à sociedade e instituições. A sociedade acaba exigindo de suas instituições decisões ativas e responsivas por intermédio da compreensão hermenêutica, que se faz presente em um amplo diálogo-dialético entre cidadãos ativos. O modelo de Estado proposto como ativo atinge a natureza do ser político, pois é ele o que impulsiona o Direito como adaptação existencial: fica clara a exigência de uma dinamicidade ao Processo Civil democrático, dimensionada a dinamicidade em uma democracia participativa. O cidadão ativo exige para si a política, ou seja, a vida política, essa ruptura da centralidade política é possibilidade pela Constitucionalização, efeito esse faz nascer uma centralidade política no processo, e com isso gênese do Direito. É neste cidadão ativo que centra a *potestas* política que atinge o Processo e disso emerge a legitimidade democrática processual: de um lado, com a *auctoritas*, os cidadãos ativos letigimam e asseguram suas tutelas de direitos; de outro lado, oportuniza a participação no processo e na construção da decisão.

Muito maior espaço o cidadão tem no processo do que que as fragmentações e determinações afiguradas nos Poderes Estatais. Encontra o cidadão ativo espaço junto ao Processo para apresentar o fenômeno conflitual, que em seu âmago representa anseios do ser político, não determinado pelo dever ser dos órgãos, que acaba reduzindo o ser como massa. A *hipótese*, deste modo, foi confirmada durante a estrutura do trabalho.

Nesse sentido, *da Jurisdição ao Processo* significa que a centralidade política está voltada na atualidade ao Processo (as partes como cidadãos ativos democratizam os debates, superando assim a centralidade política da jurisdição motivada em decisões evasivas do julgador), pois passa a renovar-se diante da Ciência Processual e a dar relevo às manifestações sociais dos fenômenos conflituais, os quais criam dissonâncias não alcançadas pelas normas gerais, atingindo concretização do fenômeno como norma individual.

Em um processo no Estado Ativo-Responsivo, o juiz não é passivo. É ativo e considerado também parte, funcionando assim a colaboração reativa, que adere também o juiz na participação processual. A atividade jurisdicional acaba evidenciando que a atividade do juiz, em uma democracia, supera a mera *potestas* apregoada a lei (*ius dicere*, uma simples *potestas* reconhecida pelo Estado como aplicação da lei), bem como supera a figura da *auctoritas suprema* (ativismo judicial, quando a *auctoritas* é maior do que a *potestas*), mas que seja a atividade jurisdicional uma fusão entre *potestas* com a *auctoritas*: o juiz cria direitos (*ius facere*), mas uma criação legitimada democraticamente pela *potestas*, expressada aqui como colaboração reativa entre as partes (sendo o juiz também parte) pela administração da justiça – dialética, contraditório – e não mais como legitimação pela letra fria da lei; troca-se a legitimação pelo legislativo pela *legitimação pela democracia participativa*.

O *ius facere* é o reflexo da responsabilidade sociopolítica do juiz, conectada com a adaptação existencial da sociedade, pois possui o dever de reconhecer o direito nas relações intersubjetivas e a devida tutela dos interesses que afetam a esfera do ser, seja tratando-se de situações nas quais o direito subjetivo protege, como em situações as quais a lei não abrange o interesse reclamado. A responsabilidade sociopolítica do Estado-Juiz conecta-se com a tutela de um interesse desprotegido, o qual pode estar em uma zona não abrangida pela norma, não devendo, fundamentado na ausência de regulamentação legal, o Estado-Juiz se esquivar, pois possui o dever de hierarquizar os interesses sociais hermeneuticamente, criando o direito pela *auctoritas*, a qual é legitimado pela *potestas*, fundamentada na colaboração reativa (governança processual das partes), a partir da dinâmica processual. O fenômeno conflitológico de interesses figura como a aderência ao processo dos reclames existenciais não normatizados – e

normatizados – trazendo novas situações expressões de direito ao processo, para que este transforme o conflito em direito.

A epistemologia constitucional e a democratização da democracia acabam a limitar a função jurisdicional - *auctoritas* - com as possibilidades acertadas com a administração da justiça - *potestas* - que tem base na colaboração reativa, que é uma das novas manifestações para a construção de um novo direito na atualidade, amplamente permeado pela democracia participativa na construção que encontra vazão no processo, causando uma ruptura de aceitação da democracia representativa quanto ao âmbito político de produção do direito.

Para que ocorra uma plena legitimação da *auctoritas* junto a função judicial, esta vem acompanhada da legitimação sociopolítica na fundamentação da decisão judicial (*ius facere*), diferente do que é até então posto como processo, cuja decisão judicial necessita – para ser legítima – ser devidamente motivada, encontrando sempre, o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tão somente, a égide da validade ou não de uma lei. Com as transformações do Estado que agora afigura um papel altamente relevante no tocante a produção do Direito pela experiência de seus juízes e tribunais, a fundamentação da decisão passa a expor as teses jurídicas interpretativamente postas pela hermenêutica filosófica.

Na atualidade o Estado-Juiz possui três faculdades abarcadas pela dinâmica processual: dialética, diálogo e compreensão hermenêutica para a composição da adaptação existencial. Elas se interpolam sob essa fusão entre função jurisdicional e administração da justiça: a função é sempre compreender hermeneuticamente o fenômeno conflitual, não podendo para isso perder de vista a administração da justiça (colaboração reativa, a gestão processual é uma gestão política na atualidade). Portanto, a função jurisdicional como *auctoritas*, do ponto de vista existencial, ou seja, como atividade exercida pelo Estado via compreensão hermenêutica, deve levar em conta o ser, gerador de contextos fenomênicos distintos do texto normativo. Deve alcançar o Poder Judiciário em sua decisão a adaptação existencial, voltando-se ao interesse geral da sociedade e no interesse dos particulares, seno este o entorno da decisão fundamentada.

A fundamentação, nesse sentido, ganha importante espaço em detrimento da motivação. A motivação apregoa-se à qualificação jurídica simples, que é toada como o objeto do processo em uma forma rígida, cartesiana, levando o juiz à mera subsunção do fato ao direito como lei. Importante, na atualidade, considerar um especial enfoque à fundamentação judicial, que tem como espaço episcopal o objeto do debate processual.

Os Estado-Juiz imbuído por uma *summa potestas* acaba evidenciando que sua atividade não é somente a função jurisdicional apregoadada a *auctoritas*, mas exerce o juiz junto a essa atividade essa função processual que é hoje dimensionada a administração da justiça, pois essa

acerca de legitimidade democrática processual aquela, garantindo uma dinâmica processual pela colaboração reativa. Com efeito, rompe o Processo com a ciência dedutiva imposta pela Lei em um mundo de certezas, e que, acaba de ser o Processo um possibilitador de novos horizontes, estabelecida a ciência processual hodierna em um paradigma da complexidade, possibilitando novas respostas a adaptação existencial, produzindo uma ciência Indutiva.

Não deve o Estado-juiz ser inerte aos reclames sociais que, na contemporaneidade, superam a rígida formalidade que constitui objeto do processo formal, devendo ser superadas pela contradogmática processual - objeto processual substancial - construindo um profícuo debate processual, propiciando a necessária ampliação (legitimada) deste poder constituído, momento em que a interpretação judicial resta ampliada pela interpretação processual. Ocorre assim uma contraposição dialética que se revela em uma complementariedade entre ambas representações de *auctoritas* e *potestas*, as quais delineiam e reestruturam as teorias políticas postas à onda renovatória do processo.

A Constitucionalização do Processo é um dos fenômenos jurídicos mais relevantes ao Direito, pois a epistemologia do direito volta-se à Constituição e todos os seus ramos são absorvidos pela interpretação mais abrangente no que se refere ao efeito produzido pela democratização da democracia, assim com a democracia substancial projetou-se sentido democrático aos institutos, brocados e normas processuais. Essa ampla aderência da Constitucionalização do Direito absorve a Onda Renovatória do direito processual, e com ela ainda garante uma eficiente proteção dos direitos.

Com a passagem do princípio inquisitorial para o princípio dispositivo a ciência processual dos Estados ocidentais redesenham sua forma institucional de processos formais, que passaram assim a resolver os problemas causados pelos fenômenos conflituais na sociedade a partir de uma valoração do conflito em seus aspectos objetivamente possíveis; ou, melhor explicitado, acostados em uma Ciência Jurídica dedutiva, resolvendo o caso-problema por meio de regras formalmente incluídas na Legislação e na jurisprudência, desde o império da lei.

O princípio dispositivo, era e é utilizado junto ao princípio da imutabilidade do *litígio* (proibindo modificar de qualquer forma o mérito do processo), que servia de base fundamental, apregoando a decisão em sua motivação ao objeto do processo de forma congruente, proibindo que as partes alterem o que foi até então preterido originalmente, é *ultrapassado* pelo princípio dispositivo constitucionalizado, que não *fecha* o objeto do processo, mas sim, pela governança das partes, amplia-o democraticamente. O princípio dispositivo, desse modo, é a expressão da autonomia das partes junto ao processo, não como limitadoras da decisão judicial a partir da limitação ao objeto do processo e do debate processual, mas como expressão da governança

processual na abertura de horizontes do caso-problema, que acaba desvelado fenomenologicamente via compreensão hermenêutica: o processo judicial, assim, pode servir também para a formação de comandos novos, gerais ou particulares. Nesta acepção o processo jurisdicional chama-se processo dispositivo. A jurisdição é, portanto, uma fonte jurídica, ao lado da legislação.

O Processo é o caráter primário da estrutura jurídica moderna, abandonando-se, desta maneira, a primazia da lei. A situação jurídica subjetiva representa novas hipóteses ao direito pela interpretação ampliada por regras e princípios, na medida em que transforma em direito fatos que não estão no mundo jurídico. De outro lado, o direito subjetivo, junto ao caso problema e à dinâmica processual, é ressemantizado, com vistas a adaptação existencial, que supera a estrita legalidade e é possibilitado pela legitimidade democrática processual. Tanto a primeira como a segunda acepção do objeto do processo expressam a criação do direito, tanto textual como interpretativa em seu âmago, e ambos expressam a busca da adaptação existencial pelo direito. Essa é a correspondência necessária para que o direito acompanhe o ritmo de vida, bem como para que proporcione as bases mínimas a se viver em sociedade, por meio da adaptação existencial. O processo frente ao Estado Ativo e Responsivo passa a auferir um duplo espectro de atuação: *a)* manter sua dimensão formal e *b)* incorporar uma nova dimensão material, que se dá acertada com os mais altos desígnios da verdadeira democracia.

O *objeto do debate processual* apresenta-se como redução metafísica entre as questões de fato e de direito e é a desconstrução do objeto do processo por via da interpretação, pois debater é construir/desconstruir: a hermenêutica fenomenológica com o debate constroem o Direito. A lide, desse modo, põe em dúvida a formação do mérito (*thema decidendum*) como objeto litigioso, operando o fenômeno conflitológico de interesses, pois o direito subjetivo amplia-se em situações jurídicas subjetivas reprodutoras dos contextos ao fenômeno conflitual. Essa visão da situação jurídica subjetiva gera grande abstração textual, rompendo o formalismo exegético e procurando delinear-se ao conflito para que se chegue ao fim do processo e se desvele a angústia produzida por tal fenômeno através do direito objetivo, que será desvelado na decisão judicial e prosseguirá pelo tempo em seu estratagema central – formando a coisa julgada.

A correlação entre o princípio dispositivo e o princípio contraditório, ambos unidos à Constitucionalização do Direito acabam a possibilitar a formação (mérito) e o desenvolvimento (lide) do Processo com um aspecto reflexivo posto as partes em colaboração reativa, e assim exercendo as parte um amplo jogo dialético-dialogal quanto ao objeto litigioso, devendo acertar-se em uma fundamentação da decisão apregoada a governabilidade das partes diante da

hibridação de suas funções entre liberdade e igualdade processual adquiridas pela cidadania ativa. Essa mutabilidade fundamentada na decisão opera-se via princípio do *iura novit curia*.

Esta desconstrução do direito também pode ser constada ante o próprio sistema jurídico Estatal. O primado da Constituição sobre o Estado abre caminho para a tese pluralista das ordens jurídicas oficiais e ao problema de seu mútuo reconhecimento e de sua interconexão instável e complexa com referência a casos concretos – fenômenos. A dinamização apregoa-se ao objeto do processo e ao objeto do debate processual: no primeiro, forma as pretensões e o segundo desenvolve-se junto a lide. A dinamização processual por fim, acaba influenciando na atividade do julgador, podendo ter este uma decisão *discricionária* ou *arbitrária*; porém, centrada na dinâmica processual em uma colaboração reativa, a qual incide com isso na fundamentação judicial, que é vista como compreensão hermenêutica do direito. Desse modo, muita confusão se tem quanto à discricionariedade e quanto à arbitrariedade, mas ambas são aceitas se operada a compreensão hermenêutica.

Não mais legitima-se a discricionariedade e a arbitrariedade em um protagonismo jurisdicional centrado no decisionismo, mas por uma flexibilização da congruência e da incongruência pela governança processual das partes em colaboração reativa, sendo o Processo uma profícua válvula de escape da letra da fria e morta da lei. Tanto à arbitrariedade quanto à discricionariedade apresentam conceito próximo no que toca ao sentido de perpassar a vontade do Estado-Legiferante pela vontade do Estado-Juiz. Na situação atual, caracterizada pela considerável ampliação dos poderes do juiz, ganha considerável relevo e interesse dos demais poderes e demais centros de interesse a discussão sobre eliminar a discricionariedade judicial em razão do perigo de abuso e de arbítrio, pois o processo de definição da lei passa a construir-se como um processo inventivo. Em uma época como a vivenciada, a discricionariedade do juiz é colocada em conexão indissolúvel com a própria função judiciária. Se, de um lado, não é reflexo de um poder vinculado, de outro não é um poder absoluto, pois consequência inevitável do fato de ser próprio da função jurisdicional, é a sujeição a limites conectado, conforme posto, à responsabilidade social do juiz.

Na constância, o princípio do *iura novit curia* é inerente ao labor de criação judicial. A função criadora do direito pelo processo é expressado pelo brocardo, abrindo novas possibilidades de criação de um direito que represente à existência, uma vez que codificar a totalidade dos fenômenos conflitológicos é algo impensável. Tradicionalmente a doutrina reconhece duas formas de atuação do *iura novit curia*: a primeira é a função corretora, que permite ao juiz corrigir a invocação errônea da norma; a segunda é a função supletória, que permite ao juiz suprir a omissão da invocação da norma. Uma visão atualizada do princípio do

iura novit curia vai no sentido de que a função supletória não somente diz respeito a eventual omissão e posterior seleção da normativa própria do caso, mas sim da criação do direito a partir do processo, que ocorre tanto pela discricionariedade quanto pela arbitrariedade. Por fim, conclui-se que o *iura novit curia* expressa a gênese pelo qual o juiz cria o direito objetivo processual. Cria-se, desse modo, direito pela decisão judicial, a partir da autoridade judicial em colaboração com as partes do processo. Buscou-se assim superar a visão clássica do princípio do *iura novit curia*, tradicionalmente defendida, para uma visão que compreenda os fenômenos da existência. A proposta é que a fundamentação das decisões judiciais criativas dependem fortemente da participação processual dos litigantes no debate.

O processo passa a catalisar os fenômenos conflituais diversos, que podem ser tanto *substanciais* como *formais*, frutos do momento estático do direito. Ao processo, momento dinâmico do direito, poderão ser trazidas pretensões consistentes em um direito subjetivo, bem como poderá ser trazido *situações jurídicas subjetivas*, sendo esta segunda possibilidade uma superação da cisão *fato-direito*. Ainda, no objeto do debate processual, pretensões formais poderão ser *substancializadas* com a dialética, perpassando a decisão judicial – dada a ampliação do direito subjetivo – a lei, ocorrendo a incongruência ou a flexibilização da congruência. Pode o objeto substancializado ter seus horizontes expandidos em diferente direção a partir do objeto do debate processual, fazendo com que a decisão judicial seja, do mesmo modo que no objeto foram, incongruente ou com a flexibilização da congruência.

Ocorre um sem-número de possibilidades ao direito, que já não mais é preso à estática da lei. A dinâmica processual é responsável por acompanhar a gramática da vida, e de impor essa adaptação existencial necessária para – uma verdadeira - *sobrevivência* da sociedade. A importância do brocardo *iura novit curia*, desse modo, resta claro a partir do que foi exposto no parágrafo: a criação do direito pelo juiz é consequência natural do processo, uma vez que – sim – o juiz conhece o direito *mais do que as partes*, pois o juiz possui, acompanhando a governança processual, responsabilidade sócio-política para com a sociedade. A decisão judicial não pode mais ser o reflexo do direito como lei – do direito como subsunção a partir dos fatos trazidos pela parte – pois o direito é ritmo de vida, que é acompanhado em sua plenitude pela dinamicidade processual criadora de novas situações jurídicas.

O ativismo judicial junto à criação do direito adquire uma compreensão hermenêutica pelo desvelamento do fenômeno conflitológico de interesses, fazendo com que o contexto que tem com produto o fenômeno seja interpretado pelo texto – ativismo judicial pelo processo. O ativismo judicial se acerca da administração jurisdicional a qual coloca as partes em um mesmo patamar, constrói-se um debate que perpassa o direito subjetivo e chega ao direito objetivo com

a função do juiz que é julgar a lide, o qual terá como fundamentação a abertura para ampliação a partir do direito objetivo posto pela decisão judicial.

O Processo na atualidade evidencia romper com a arquitetura formal, dogmática e exegética, pois tem como elemento fulcral a necessidade de alimentar essa nova gênese do direito com base nos fenômenos conflitológicos de interesses, efeito da juridicização da vida, que vem a reestabelecer novas perspectivas ao Direito pela produção acentuada de uma gramática social complexa que cada “segundo” procura respostas jurídicas a problemas existências cada dia mais envoltos ao *ser* e não a *dever ser*. Não só dos textos nasce o Direito, mas também dos contextos, altamente relevantes à criação do Direito.

Busca-se afastar da filosofia da consciência a partir da presente Tese, na medida que se sustenta que o processo é o canal devido para a criação democrática da decisão judicial: não o processo-como-meio; o processo-como-fim, mas como dialética democrática do desvelamento do fenômeno que criará o direito e onde podem ser catalisados os fenômenos diversos – real complexidade do direito e que este não possui resposta positiva. Fica claro que o importante não é a formação de um juiz exegético, dogmático ou *assujeitador*, precisa-se constituir um juiz das rupturas vinculados à Ciência Indutiva.

O Processo representa uma dinamicidade que tem como alvorecer as complexidades sociais não alcançadas pelas normas, complexidades que se apresentam via fenômenos conflitual, e estes procuram conformação adaptativa existencial. Isso faz com que se despolitize a jurisdição para que se politize o processo: a democracia participativa é amplamente exercida em colaboração reativa. O processo passa a ser espaço político de debates democráticos. No entanto, supera a visão da Jurisdição como vocação de nosso tempo pela de processo como vocação de nossos tempos.

A *autoridade* do Estado para a produção do direito não se limita ao legislador. O protagonismo judicial calcado no decisionismo não é o centro fulcral de criação do direito, mas sim a governança processual das partes em colaboração reativa, possuindo com a dinamicidade processual a legitimidade democrática processual, já que a centralidade política está no Processo, pois é nele que afigura a gênese do *direito objetivo processual* com o desvelamento da compreensão hermenêutica, reflexo essa criação do direito da decisão judicial. Isso porque, precisamente, em razão da complexidade social e pela democratização da democracia, já não mais a mera instituição de direito objetivo é capaz de abarcar os fenômenos e corresponde-los na sociedade imbuídos por um sentido de *justiça social*. Desse modo, corresponde na atualidade que o processo se torna um espaço público muito mais acessível que outras instituições do Estado, mais acessível para as discussões da sociedade.

Ocorre com a função jurisdicional a compreensão hermenêutica do fenômeno conflitual, que ganhando processualidade é desvelado interpretativamente em sua textualidade e contextualidade. A fundamentação vista pela dinamicidade processual acaba rompendo com o rigorismo metodológico processual, apresenta com a compreensão hermenêutica novos horizontes ao direito e, com isso, acaba causando a ruptura com o princípio da congruência, sendo que de um lado pode flexibilizar a congruência (discricionárias) e de outro lado acarretar na incongruência (arbitrárias). Já que a governança das partes no processo é relevante a dinâmica processual, acaba assim operando o princípio do *iura novit curia*, rompendo com a cisão entre questões de fato e de direito, voltando-se à centralidade do fenômeno, e não mais desse rigorismo científico improdutivo ao direito.

Ao dever de fundamentação da decisão jurisdicional deve apoiar-se a dinâmica processual, pois com a reestruturação dos princípios dispositivo e do contraditório, ambos Constitucionalizados, somando a eles toda normativa processual constitucional, cabe acertar que somado a isso existe a independência do Juiz quanto a sua função jurisdicional. A dinamicidade processual assegura a imparcialidade na tomada das decisões judiciais, pois *o que fundamentará a decisão é o fenômeno conflitológico de interesses*, dado que o fenômeno ultrapassará os limites legais postos com a motivação e, pelo contrário do que se considera, garante-se a imparcialidade pela administração da justiça, a qual acerta a dinamicidade processual pela governança das partes em colaboração reativa. Com isso poderá romper com o princípio da congruência e desenvolver-se com base no brocardo *iura novit curia*: a decisão será construída pelas partes e não pelo Juiz. Portanto, a decisão não é imparcial em si mesma, mas sim na medida em que demonstre o que é.

A compreensão hermenêutica operada junto a dinamicidade processual em uma notável governança das partes, acumula as projeções dos objetos processuais - que se encontram estáticos e logo procuram a dinamicidade com conteúdo fenomênico conflitual - expondo o círculo hermenêutico para desocultar o fenômeno em sua conformação textual e contextual. Essas metáforas vivas expostas ao fenômeno conflitológico de interesses projetam-se em um desocultamento do fenômeno em um jogo dialético-dialogal processual, exigem esse jogo do Estado-Juiz conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido na sua continuidade com o presente, e isto é o que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa, quando procura realizar a sobrevivência do direito como um *continuum* e salvaguardar a tradição da ideia jurídica.

A dinamicidade processual acaba atingindo o auge junto à função jurisdicional que opera pela via da compreensão hermenêutica e constitui-se com a fundamentação da decisão.

Como se viu em todo trabalho, afirma-se a legitimação democrática processual, que forma uma gênese do direito objetivo processual, com interconexão entre texto e contexto propiciando novos horizontes ao direito pelo fenômeno conflitológico de interesses, reestruturando, como foi demonstrado, os institutos processuais.

Frente a um novo cenário Processual, necessária uma nova forma de enxergar a relação jurídica processual, assim como requalificar subjetivamente os sujeitos dadas as suas particularidades existenciais, por meio de uma ressignificação do papel atual da Jurisdição e do Processo, buscando-se demonstrar a importância de um Processo que dê primazia à dialética como forma de estabelecer uma relação jurídica capaz de transcender a jurisdição e reconhecer um maior grau de humanidade frente ao outro, para que o Processo desvele dos dramas os quais está imbuído os seus fenômenos dessaturizados e consiga afirmar uma nova realidade social-política – uma vez que ao transcender a jurisdição o Processo é capaz de respaldar na Política, por terem os cidadãos autonomia advinda da Democracia e por serem epistemologicamente reconhecidos princípios constitucionais processuais, caracterizando a constitucionalização do direito.

Neste norte, o *ballet* é evidenciado como metáfora viva dessa justiça *bela*²¹³⁹ em constante movimento digno de (re)interpretações, denotando a importância das fundamentais linhas da hermenêutica filosófica²¹⁴⁰ para com a construção do debate junto à dialética que se constrói junto ao existir humano da linguagem dotado de um debate que é silepse e construtivo, assim faz com que o Fenômeno Conflitológico de Interesses seja tão importante para a produção conjuntiva entre direito como Processo, cujo respaldo tem vínculo com a construção de um cidadão ativo no que tange às transformações trazidos pelo Estado Democrático de Direito – visto como Estado Ativo²¹⁴¹ - e com ele o perfil da Constitucionalização do Direito que

²¹³⁹Simbolicamente, captar la belleza de la justicia se parece más a la apreciación de un ballet que a la de una estatua, porque es algo dinámico, no estático. En realidad, se parece más a bailar con alguien que a contemplar a alguien a bailar: es un compartir ilustrado, una conciencia de reciprocidad. **La visión no se extingue por las fallas humanas.** La visión no se extingue por las fallas humanas, ni se mide por la suma total de conflictos resueltos; es mucho más grande que eso; es el vínculo creativo de todas las personas en la unidad del espíritu. (GRANFIELD, David. **La Experiencia Interna del Derecho:** Una experiencia de la intersubjetividad. México: Editora Iteso, 1996. P. 109)

²¹⁴⁰El contenido fundamental de ese entenderse la filosofía a si misma acerca de si tiene que poder destacarse y hay que indicarlo de antemano. Para la hermenéutica eso significa: 1) Filosofía es el modo del conocer que se da em el vivir fáctico, el modo como el existir fáctico se arranca de si in miramientos para darse a sí mismo y se pone de modo inexorable en sí mismo. 2) Em cuanto tal, la filosofía no tiene misión alguna de velar por la humanidad y la cultura universales ni mucho menos de ahorrar a las generaciones venideras de una vez para siempre la preocupación de plantearse cuestiones o siquiera de reducirla com pretensiones erróneas de validez. La filosofía es lo que puede ser solo cuando es de su tiempo. Temporalidad. El existir opera em el cómo del ser-ahora. (HEIDEGGER, Martin. **Ontología.** Madrid: Alianza Editorial, 2000. P.37-38)

²¹⁴¹Por lo tanto un programa que en Estados Activistas estructurados de otro modo, puede ser formulado en la legislatura e implementado por acciones ejecutivas vigorosas, tiene última oportunidad en los Tribunales: un juez independiente y poderoso, con el legado de sus poderes mal definidos todavía fuertemente presentes, podría ser al

humaniza as relações sociais, passando-se de *sujeitos que observam* para *sujeitos que constroem* - erupciona de tal modo a democracia, fazendo-se renovar como democracia participativa junto ao processo – reavivando o conflito em seu aspecto positivo-constutivo.

O Processo hodierno, a partir da onda renovatória processual, alcança os fatos da vida – fenômenos conflitológicos de interesse - e faz via círculo hermenêutico um alcance desses horizontes, por meio do qual o processo alcança a gramática dos contextos representada por suas metáforas vivas e incandescentes operando nessa desconstrução, desleitura ou construção a compreensão hermenêutica: desoculta o contexto e interesse junto ao texto, oportunizando revoluções importantes ao direito como adaptação existencial. Ocorre sob efeito do fenômeno conflitológico a fusão de horizontes entre questões de fato e de direito, distinguindo-as e sob efeito da interpretação reconstituindo e acertando o fenômeno a existência humana para romper o dogmatismo e possibilitar o contradogmatismo revolucionário acertando na adaptação existencial.

As formulações estabelecidas no momento estático da formação do processo com o objeto do processo (formal ou substancial) ou em seu momento dinâmico com o objeto do debate processual estabelecem o reconhecimento e emancipação por meio de metáforas vivas em uma gramática processual desvelante do fenômeno conflitológico de interesses que é posto a compreensão hermenêutica junto ao Juiz-Historiador, essa história revela e desvela-se em um plano efetual posto ao jogo dialético-dialogal processual, o qual reflexiona o texto e contexto para possibilitar a abertura de horizontes a adaptação existencial.²¹⁴²

O **objetivo geral** restou alcançado, pois realizada a passagem da Jurisdição pelo Processo, evidenciando o *Processo como Vocação de nossos Tempos*, o que ocorre com a passagem para o Estado Ativo-Responsivo, que adere aos fenômenos contextuais evidenciando assim a descentralização da política centrada na jurisdição ao processo. Ocorre profundo acertamento de um protagonismo judicial ao protagonismo das partes.

O **problema** (se o processo, por meio, do fenômeno conflitológico de interesses, pode servir de espaço democrático para a criação do direito) tem resposta afirmativa: o processo pode sim servir de gênese para o direito a partir do fenômeno conflitológico de interesses; fenômeno da existência, consistente em um direito subjetivo ou em uma situação jurídica subjetiva, momento estático do direito, pelo processo, momento dinâmico do direito, sendo legitimada a

mismo tiempo una mini legislatura, un administrador y el actor del papel judicial más específico. (DAMASKA, Mirian R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986. P. 410)

²¹⁴²BAUMAN, Zygmunt. **La Hermenéutica y las Ciencias Sociales**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007, P. 185.

criação do direito objetivo pelo Estado-Juiz, como autoridade estatal e, também, pela autoridade adquirida pelo social que se apresenta junto à formação de um cidadão ativo erigido pela democracia participativa.

Esse poder incumbido ao judiciário incide na construção de uma decisão hermeneuticamente filosófica (des)construída pelo objeto do debate processual que se introjeta pelo jogo dialético-dialogal no tocante a administração da justiça que dá vozes ao cidadão ativo estatuído pelo bojo da democracia participativa que se institui como colaboração reativa das partes que projetam o jogo processual na compreensão hermenêutica desveladora do fenômeno e justificando esse cenário (des)construtivo de perguntas e respostas na decisão judicial fundamentada e produtora de responsabilidade social do Estado-Juiz. O processo como direito, passando assim a afigurar em uma jurisdição que é centro de legitimidade democrática processual.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho**. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

ADALID, Mario Melgar. **La Judicatura y su Función Social**. Disponível em <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/23.pdf>> Acesso em 01/02/2018.

ADORNO, Theodor W. **Dialética Negativa**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de excepción**. Homo sacer I e II. Valencia: Pre-Textos. 2004.

_____. **Homo Sacer**. O Poder Soberano e a Vida Nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. El Derecho Fundamental a un Proceso Justo, llamado también Debido Proceso. **Proceso & Justicia**, Perú, 2000, Lima.

ALBALADEJO, Manuel. **Derecho Civil I**. Introducción y Parte General. 15ª ed. Barcelona: Bosch, 2002.

ALBERT, Hans. Scienza Giuridica ed Ermeneutica: il Diritto come Fatto Sociale e il Compito della Giurisprudenza. **Ars Interpretandi**, 2007, n.º1.

ALBERT, Sonía Paris. **La Transformación de los Conflictos desde la Filosofía para la Paz**. Disponível em: <<http://www.ceipaz.org/images/contenido/5.%20Transformaci%C3%B3n%20conflictos-Sonia%20Paris.pdf>>. Acesso em 16 out. 2016.

ALCALÁ, J. Alberto Del Real. Certeza do direito versus indeterminação jurídica? O debate entre positivistas e antipositivistas. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**. Law E-journal PANÓPTICA. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/07_2009_2_nov_fev_130_153pp.pdf>. Acessado em: 30/01/2018.

ALCOLA-ZAMORA, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: UNAM, 1991.

ALEGRETTI, Umberto. **Democrazie Partecepative**: un contributo alla Democratizzazione della Democrazia. Disponível em: <<http://www.fupress.com/archivio/pdf/3951.pdf>>. Acessado em: 31/11/2017.

ALFARO, Norman José Solórzano. **Crítica de la Imaginación Jurídica**. Una mirada desde la epistemología y La historia al derecho moderno y su ciencia. Primera Edición. México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.

AMADO, Juan Antonio García. Filosofía Hermenéutica y Derecho. **Azafea, Revista de Filosofía**, 5, 2003, Pp.191-211.

ÁMANO, José Sebastián Gómez. Juez creador de historia El juez como espectador, actor y director de la historia en la modernidad. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal.**, México, Unam., n.º 34, 2012, Pp. 69-96.

AMICOLO, Romina. **La Crisi del Formalismo, la Rivolta dell'Antiformalismo e la Ricerca dell'Equilibrio.** Napoli: Università degli Studi di Napoli Federico II, 2008. Tesi di Dottorato. 249 p. Disponível em: <http://www.fedoa.unina.it/3990/>. Acesso em 13/02/2018.

ANDRES, Moya. **Pensar desde la Ciencia.** Madrid: Trotta, 2012.

ANGIONI, Enrica. **Negozió Giuridico Processuale e Categoria Generale di Contratto nella Scienza Giuridica Europea.** Cagliari: Università degli Studi di Cagliari, 2014. 265 p. Dottorato di Ricerca – Diritto dei Contratti.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana.** Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2014.

_____ **Entre Passado e Futuro.** São Paulo: Perspectiva, 2016.

ARISTÓTOLES. **Ética a Nicômaco.** 3ª Ed. Bauru – SP: Edipro, 2009.

AROCA, Juan Montero. **El Derecho Procesal en el Siglo XX.** 1ª ed. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2000.

_____ **Introducción al Derecho Jurisdiccional.** Peru: Enmarce, 1999.

_____ Los Principios Informadores del Proceso Civil en el Marco de la Constitución. In: **Revista Justicia**, n.º IV, Pp. 5-40, 1982.

_____ **Poderes del Juez y Poderes de las Partes.** Roma: Cedam-Padova, 1988.

_____ **Potestad, Órgano y Función Jurisdiccionales.** Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/643/30.pdf>; Acessado em: 03/01/2018.

ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito.** Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.

ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza Costituzionale e Teoria dell'Interpretazione. In: **Rivista di Diritto Processuale.** Volume XII, Anno 1957.

ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La Aplicación del Principio Iura Novit Curia.** Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012. Doctorado en Derecho.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos: Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ATTILI, Antonella. Summa Potestas: Status Moderno y Crisis del Poder Político. **Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial**, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, vol.2, n.º3, 2003, Pp.173-193.

BACHOF, Otto. **Estado de Direito e Poder Político.** Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Vol. LVI. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

BADIN, Jean. **Teoría General del Derecho**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1995.

BAIÓN, Javier Recas. **Hacia una Hermenéutica Crítica**. Gadamer, Habermas, Apel, Vattimo, Rorty, Derrida y Ricoeur. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2006.

BARBERIS, Mauro. **Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione**. Em: GUASTINI, R; COMADUCCI, P. *Analisi e Diritto* 2004, a cura di P. Comaducci e R. Guastini. Torino: Giappichelli, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 12/01/2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política*. **Revista da Faculdade de Direito Uerj**, volume 2, n.º21, jan/jun 2012, Pp.1-50.

BARTOLI, Gianpaolo. *Hermeneutica Iuris. Per una Lettura 'Giuridica' del Testo Normativo*. **I-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale**, Agosto 2010, n.º 9. Disponível em < <http://www.i-lex.it/articles/volume5/issue9/bartoli.pdf>> Acessado em 05/02/2018.

BATISTA, Gustavo Silvano. **Hermenêutica e Práxis em Gadamer**. Rio de Janeiro: Puc,-Rio, 2007. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia Puc-Rio. 96 p.

BAUMAN, Zygmund. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____ **Las Consecuencias Perversas de la Modernidad**. Modernidade, Contingencia y Riego. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____ **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____ **Vidas desperdiçadas**. La modernidade y sus parias. Buenos Aires: Paidós, 2003.

_____ **La Hermenéutica y las Ciencias Sociales**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007.

BECH, Josep Maria. **De Husserl a Heidegger**. La Transformación del Pensamiento Fenomenológico. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2001.

BEDOYA, Julia Victoria Montaña. **Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano**. Disponível em: <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colombia.pdf>. Acessado em: 31/01/2018.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Apuntes sobre el concepto de Motivación de las Decisiones Judiciales*. In: **Isonomia**. n. 34, Abril 2011, Pp.87-108.

BENABENTOS, Omar A. **Teoría General del Proceso**. Rosario: Editorial Juris, 2005.

BENAVENTE, Omar Sumaria. Sistemas Procesales: El sistema de la tutela Jurisdiccional y la Relación con el Sistema Político. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, Perú, vol.3, n.º 1, Pp 1-20, 2009.

BENÍTEZ GIRALT, Rafael. **El papel del juez en la democracia**: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas. **Civil Procedure Review**, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010.

BERLOLMO, Pedro, **El Derecho al Proceso Judicial**. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2003.

BERMAN, Harold. **Direito e Revolução**. A Formação da Tradição Jurídica Ocidental. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

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

BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione**. Bologna: Università di Bologna – Corso di Dottorato in Diritto Processuale Civile, XIX Ciclo. 165 p. Tese Dottorale.

BIAVATI, Paolo. Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2009, Pp. 523-549.

BILOTTA, Bruno M. **Forme di Giustizia tra Mutamento e Conflitto Sociale**. Milano: Giuffrè, 2008.

BIN, Roberto. **Il fatto nel diritto costituzionale** Disponível em: <<http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Catanzaro2014.pdf>> Acessado em: 30/01/2018.

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

BISOGLI, Giovanni. **Dipendenza Politica e Teoria Dell'interpretazione Giuridica**. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). **Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

BLUMENBERG, Hans. **La Risa de la Muchacha Tracia uma Protohistoria de la Teoría**. 1ª ed. Valencia: Pre-Textos, 2000.

_____. **Teoria del Mundo de la Vida**. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007.

_____. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

BORDEAUX, Raymond. **Philosophie de la Procédure Civil**. Paris: Evréux, 1857.

BOURDIEU, Pierre. **Cosas Dichas**. Barcelona: Gedisa, 1987.

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

BRUS, Florence. **Le Principe Dispositif et le Proces Civil**. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014. 423 p. Thèse Docteur en Droit.

BRUTAU, José Puig. **La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial**. Barcelona: Bosch, 1951.

BUJÁN, Antonio Fernández de. **El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica**. Disponível em: <<http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Docs/Conferencia%20Dr.pdf>>. Acessado em: 23/09/2017.

BULYGIN, Eugenio. **Creación Judicial del Derecho**. Disponível em <<https://www.scribd.com/document/243563200/BULYGIN-CREACION-JUDICIAL-DEL-DERECHO-pdf>> Acessado em 05/02/2018.

_____. Los Jueces Crean Derecho. **Isonomía**, n.º 18, abril de 2003, Pp. 6-25.

BUNGE, Mario. **Crisis y Reconstrucción de la Filosofía**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

BUONCRISTIANI, Dino. **L'allegazione dei Fatti nel Processo Civile: Profili Sistemati**. Torino: G. Giappichelli Editore.

BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1972.

CABRAL, Antonio do Passo. **Il Principio del Contraddittorio come Diritto D'influenza e Doveri di Dibattito**. Rivista di Diritto Processuale. Disponível em: <http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il_principio_del_contraddittorio_com_e_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acessado em: 27/01/2018.

_____. Per um Novo Contetto di Giurisdizione. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.18, n.º 35, 2015.

CADIET, Löic. **Culture et Droit Processuel**. Disponível em <<https://www.google.com.br/search?q=CADIET%2C+L%C3%B6ic.+Culture+et+Droit+Processuel&aq=chrome..69i57.292j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>> Acessado em 31/01/2018.

_____ Pour une Théorie générale du procès. **Ritsumeikan Law Review**. n.º 28, 2011, Pp.127-138.

CALAMANDREI, Piero. **Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado**. Madrid: Casa Editorial Góngora, 2009.

_____ **Estudios Sobre el Proceso Civil**. Buenos Aires: editorial Biblioteca Argentina, 1945.

_____ **Estudios sobre Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1973.

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

_____ Il Giudice e lo Storico. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, 1939, Vol.XVI, parte I, Padova, Pp.105-128.

_____ **La Casación Civil**. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1945.

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

_____ **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960;

_____ **Proceso y Justicia**. Peru: Pacifico Editores, 2014.

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

_____ **Estudos de Direito Processual na Itália**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011.

_____ **El Juez, el Proceso y el Estado en la Postmodernidad**. Disponible em <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/829/648>. Acessado em 31/01/2018.

CALVINHO, Gustavo. **El Proceso a Partir del Hombre y la Libertad**. Disponible em: <http://www.adolfoalvarado.com.ar>. Acessado em: 31/01/2018.

CAMPS, Victoria. **El Gobierno de las Emociones**. Barcelona: Helder, 2011.

CAMUS, Albert. **El Mito de Sísifo**. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

CANALE, Damiano. **La precomprensione dell'interprete è arbitraria?** Disponible em < http://www2.units.it/etica/2006_1/CANALE.pdf>. Acessado em 31/01/2018.

CANIVET, Guy. Activisme Judiciaire et Prudence Interprétative. **Archive philosophie du droit**, n.º 50, dalloz, 2007, Pp 7-32.

CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il Problema della Scienza del Diritto**. Milão: Giuffé, 1937.

CAPONI, Remo. Diritti Sociali e Giustizia Civile: Eredità Storica e Prospettive di Tutela Collettiva. **Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale**, Anno LXII, 202, n.º1. Pp.103-123. Trimestrale, gennaio-marzo 2012.

_____ **La crisi del giudicato**. Intervento al XXX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile su La crisi del giudicato, Muravera (Cagliari), 2-3 ottobre 2015.

_____ **Processo civile e complessità**. Disponível em <
<https://www.scribd.com/document/348570805/Remo-Caponi-Processo-civile-e-complexita-pdf>> Acessado em 30/01/2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____ **El Proceso Civil en el Derecho Comparado**. Las Grandes Tendencias Evolutivas. Perú: Ara Editores, 2006.

_____ **Processo, Ideologias e Sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

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

CARBONE, Carlos A. **Tutela diferenciada pos-cautelar**. 1ª ed. Rosario: Nova Tesis Ed. Urídica, 2012.

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

CÁRDENAS, Jaime. **Acerca de la Legitimidad Democrática del Juez Constitucional**. In: MAC-GRECOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldívar Lelo. (Coordinadores). La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T. V. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **A Arte do Direito**. Seis Mediações sobre o Direito. 2º ed.. Campinas: Bookseller, 2015;

_____ **A Morte do Direito**. Belo Horizonte: Editora Lider, 2008.

_____ **Arte del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa, America, 1948.

_____ **Como se faz um Processo**. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

_____ **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950.

_____ Defensa de los Abogados y de la Abogacía. **Themis-Revista de Derecho**, Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú:, Año II, n.º 2.

_____ Diritto e Parola. **Rivista di Diritto Civile**, 1962, I.

_____ **Instituciones del Proceso Civil**. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948.

_____ **Metodologia do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____ **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006.

CARNOTA, Walter F. **Responsabilidad Social de los Jueces**. Editorial Infojus. Disponible em: <www.infojus.gov.ar>. Acessado em: 30/12/2017.

CARRATTA, Antonio. La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Giugno 2017, Anno LXXI, n.º 2, Pp.579-614.

CARRÍO, Genaro E. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 3ª Ed.. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

CARRITHERS, Michel. **Por qué los Humanos Tenemos Culturas**: una aproximación a la antropología y la diversidad social. Madrid: Alianza, 1995.

CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

_____ **Principios técnicos y políticos de una reforma procesal**. Conferencia dictada en la Universidad de Honduras el 25 de abril de 1949, Volumen 2 de Publicaciones de la Universidad de Honduras, Tegucigalpa. Honduras: López Editor, 1950.

CASTORIADIS, Cornelius. **Democracia y Relativismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007

_____ **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2007.

_____ **El Mundo Fragmentado**. La Plata: Terramar, 2008.

CASTRONOVO, Carlo. L'aporia tra ius dicere e ius facere. **Juscivile**, 2016, n.º 5, Pp. 421-432.

CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

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**. Disponible em <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/ID_N_23__El_PC_ante_la_C_d_e_la_SM__Mario_E_Chaumet_A_Menicocci.pdf>. Acessado em 31/01/2018.

CHESSA, Omar. Cos'è la Costituzione? La vita del texto. **Quaderni Costituzionali**, febbraio 2008, Pp.41-64.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acessado em: 03-09-2017.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. O Princípio Ontológico da Historicidade Radical e o Problema da Autonomia do Direito: Ensaio da Aproximação Filosófico do Jurisprudencialismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n.º 47, 2005.

COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

_____. **El Sentido del Derecho: Historia y Significado de la Idea del Sistema en la Jurisprudencia**. 1 ed. México: Centro de Estudios Filosóficos Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.

COLSON, Renaud. **La Fonction de Juger**. Étude historique et positive. Volume n. 29. Version 1. Paris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006.

COMADUCI, Paolo. **L'interpretazione delle norme giuridiche**. La problemática attuale. In: Interpretazione e diritto giudiziale. Vol 1. Regole, metodi, modelli. Ed. M. Bessone. Torino: Giappichelli, 1999. Pp. 1-20.

CORDA, Mario. **La Filosofia della Vita in Dimensione Esistenzialista**: Salvatore Satta Filosofo. Roma: Armando Editore, 2004.

COSER, Lewis A. **Las funciones del Conflicto Social**. México: Editora Fondo de Cultura Económica, 1961.

COSI Giovanni. **Potere, Diritto, Interessi**: Introduzione alla gestione dei conflitti. Siena: Libreria Scientifica, 2011.

COSSIO, Carlos. **El Derecho en el Derecho Judicial**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1945.

_____. **La Plenitud del Orden Jurídico**: y la Interpretación Judicial de la Ley. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999.

_____. **La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944.

_____. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954.

COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do Juiz, Processo Civil e suas Relações com o Direito Material**. Volume 2. Coleção Estudos de Direito em Homenagem ao Prof. Darci Guimaraes Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo 2006.

COSTANTINO, Giorgio. Governance e Giustizia: le regole del processo civile italiano. **Civil Procedure Review**, v.2, n.2, Pp 130-165, may-aug. 2011.

_____ La Prevedibilità della Decisione tra Uguaglianza e Appartenenza. **Rivista di Diritto Processuale**, vol.70, n.º3, 2015, Pp.646-664.

COSTAÑO, Sergio Raúl. **Lecturas críticas sobre el Poder Político**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

COTTA, Sergio. **Que es el Derecho**. Madrid: Rialp, 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

_____ **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: Discurso, ensaios e conferências. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003

_____ **Justicia y Política**. In: **Introducción al Estudio del Proceso Civil**. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988.

_____ **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I a III. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963.

CROATO, Severino. Mito y Hermeneutica. El Escudo. Buenos Aires: El Escudo, 1992.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939768> Acessado em 02/02/2018.

CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. São Paulo: Ibero América, 1938.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Causa Petendi no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993

CUCCU, Michele. **Intersezioni tra letteratura e filosofia del diritto**: Antonio, Pigliaru, Giuseppe Capograssi, Salvatore Satta, Salvatore Mannuzzu. Sassari: Università di Sassari, 2008. 243 p. Tesi di dottorato in Antropologia, Storia medievale, Filologia e Letterature del Mediterraneo occidentale in relazione alla Sardegna.

D'ALESSANDRO, Elena. **L'oggetto del Giudizio di Cognizione**. Tra Crisi delle Categorie del Diritto Civile e Evoluzione del Diritto Processuale. Torino: Giapichelli Editore, 2016.

D'ORS, Alvaro. Auctoritas-authenticum. **Estudios clásicos**, n.º 88, 1984 Pp. 375-382.

_____ **Principios para una Teoria Realista**. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid: Anuario de Filosofía del Derecho, 1953.

_____ **Una Introducción al Estudio del Derecho**. Madrid: Ediciones Rialp, 1979.

D'AGOSTINO, Francesco. **Interpretación y Hermenéutica**. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acesso em 16 out. 2016.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

DAUDET, Victor ; NAVARRE-BRAGER, Jeanne. L'idéal de Justice, poursuivi par le Droit objectif, porteur de conflit avec le justiciable. **Jurisdiction**, n.º 2, 2009.

DAWSON. **Gli Oracoli del Diritto**. Napoli: Neçça Sede Dell'Istituto, 2014.

DE LOS SANTOS, Mabel. La Flexibilización de la Congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 17, Pp. 295-318. Enero-Diciembre 2006.

DE ZAN, Julio. **La ética, los derechos y la justicia**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Pontes, 2004.

DENTI, Vitorio. **Valori Costituzionali e Cultura Processuali**. Bologna: Mulino, 1999.

_____. **Giustizia e Partecipazione dei Nuovi Diritti**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

DEZAN, Julio. **La ética, los derechos y la justicia**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004.

DÍAZ, Adrián Rentería. Discrezionalità del Giudice o Risposta Corretta? **Revista de processo**, n.º 83, Ano 21, Julho-Setembro 1996, Pp.128-164.

DÍAZ, Vicente Lozano. **Hermenéutica y Fenomenología**: Husserl, Heidegger y Gadamer. Valencia: Edicep, 2005.

DIDIER, Fredie. **Contraditórios, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015**. In: MOUZADAS, Rinaldo; SILVA, Declaute Oliveira; MARTINHO, Rodrigo Saraiva. (orgs.). **Improcedência**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodvim, 2015.

DIDI-HUBERMAN, Georges. **El Hombre que Andaba en el Color**. Madrid: Abada, 2014.

DÍEZ-PICAZO, Luís María. La fonction juridictionnelle. **InDret**, vol.1, Pp.1-18, Março 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.editorajuspodvim.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>> Acessado em: 14/09/2017.

DINAMARCO, Cândido R. **Escopos Políticos do Processo**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 116)

_____. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009.

DI GUARDI, di Sebastiano; VERZELLONI Luca. **La Volontaria Giurisdizione: un'occasione di innovazione sistemica nei servizi di Giustizia per il Cittadino**. In: Fondazione Irso. Instituto di Ricerca Intervento sui Sistemi Organizativi, Milano, 2012, Pp.1-45.

DOMENECH, Ernesto E. Dicho sea de paso. Obiter dicta. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**, U.n.l.p, 2014. Pp.127-147.

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

DONATO, Francesco di. **Il Governo diviso dei Giudice**. Strategie e Tecniche della mediazione Patriarcale nel mondo Contemporaneo. In: Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

DOTTI, Federica. **Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale**. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 2005.

DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón**. 2ª ed. Madrid: Príncipe, 1920.

DUPIN, M. **Opuscules de Jurisprudence**. Paris: Auguste Durant, Libraire, 1851.

DURANTE, Nicola. **Artes Novit Curia**. Disponível em: <http://www.sentenzeitalia.it/uploads/news_attachment/file/499/499/ARTES_NOVIT_CURIA-1.pdf> Acessado em 30/01/2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____ **O Império do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____ **Uma questão de Princípio**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? **Journal Articles Faculty Scholarship Chicago Unbound**, University of Chicago Law School, 2002. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2135&context=journal_articles> Acessado em 02/02/2018.

EGUREM Esteban Peña. **La Filosofía Política de Guillermo de Ockham: relación entre potestad civil**. Madrid: Encuentro, 2005.

EISNER, Isidoro. **La Inmediación en el Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1963.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

_____ **O Processo Civilizador**. Volume 2. Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

ELLUL, Jacques. **Politización y Soluciones Políticas**. Indianapolis: Liberty Press Derechos, 2001.

ENGELMANN, Wilson. **A Lei Processual e sua vigência temporal: aportes para uma teoria geral da (ir)retroatividade**. In: BOECHEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karín Regina Rick; SCARPADO, Eduardo.(orgs.). Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Crítica ao Positivismo Jurídico**. Princípios, Regras e o Conceito de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

_____. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n.º23, 1996. Pp.13-48.

ESCOBAR, Jorge Armando Reyes. Diálogo y **Phronesis en el Pensamiento de H.G. Gadamer**: Meditación sobre algunas de sus aporías. In: CAMPOS, Raúl Alcalá; ESCOBAR Jorge Armando Reyes. **Gadamer y las Humanidades**. Volumen II. Filosofía, Historia, Ciencias Sociales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

ESPITIA, Edelmira Castillo. **La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenomenos Humanos**. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponible em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 22/01/2018.

ETCHEVERRY, Juan B. Discrecionalidad Judicial. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, vol.02, Pp.1389-1418.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1º Ed. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad**. In: KAPLAN, Marcos (Compilador). Estado, derecho y sociedad. Segunda Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNÁNDEZ, Carlos García-Gutiérrez. El Ejercicio de la Democracia en las Organizaciones de Participación de Producción: la Administración de Justicia. **Revesco. Revista de Estudios Cooperativos**. Vol 112, 2013, Pp.95-121.

FERNÁNDEZ, J. **Ser humano en los conflictos**: Reflexión ética tras una vivencia directa en el conflicto vasco. Madrid: Alianza, 2008.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992.

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

_____. **Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en las crisis del Estado Nacional**. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

_____ **Derechos y Garantías:** La Ley del más débil. 4ª Edición. Editorial Trotta, 2004.

_____ Jueces y Política. **Revista Derechos y Libertades**, 1999, Pp.63-79.

_____ **Principia iuris**. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

FERRÁNDIZ, Prieto-Castro. **Principios políticos y técnicos para una ley uniformé**. Informe presentado al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal. Madrid: Informe General, 1955.

FERRARIS, Maurizio. **Historia de la Hermeneutica**. Madrid: Siglo XXI Editores, 2005.

FERRER, Luis Alfredo Brodermann. **La Dialéctica Procesal**. Disponível em: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/9/4250/16.pdf>>. Acesso em 16 out. 2016.

FERRI, Corrado. **Struttura del Processo e Modificazione della Domanda**. Padova: Cedam, 1975. FITZPATRICK, Peter. **A Mitologia na Lei Moderna**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1992.

FISS, Owen. **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007.

_____ **Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FITZPATRICK, Peter. **A Mitologia na Lei Moderna**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. **Ius et Veritas**, n.º 8, 1994, Pp.89-108.

_____ **Los Problemas Contemporáneo del Poder Judicial**. 1ª ed. México: Coordinación de Humanidades Unam, 1986.

FLUSSER, Vilém. **O Mundo Codificado: Por uma Filosofia do Designe e da Comunicação**. São Paulo: Cosac Naify, 2007.

FORNOS, Iván Escobar. **Introducción al Proceso**. Nicaragua: Hispamer, 1998.

FREITAS, José Lebre de. **A Acção Declarativa Comum**. À Luz do Código Revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. La philosophie du procès, propos introductifs. **Archives de philosophie du droit**, tome 39, Sirey, 1994, Pp.19-23.

FUENTE, Oscar Pérez de la ¿Es Necesaria la Teoría para Decidir Casos Judiciales? **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, nº 13, 2010, Pp. 141-184.

FULLER, Leon. **Anatomía del Derecho**. Caracas: Monte Avila, 1969.

GADAMER, Hans Georg. **El Giro Hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1998.

_____ **Elogio de La Teoría:** Discursos y artículos. Barcelona: Península, 1993.

- _____ **Los Caminos de Heidegger**. Barcelona: Herder.
- _____ **Verdad y Método**. Tomo I. 8ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999.
- _____ **Verdad y método II**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.
- _____ **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- _____ **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GALGANO, Francesco. **Istituzioni di Diritto Privato**. 2ª ed. Milani: Cedam, 2002.
- GALIMBERTI, Umberto. **Pisiche e Techne**. O Homem na Idade da Técnica. São Paulo: Paulus, 2006.
- GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- _____ **O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GARCÉS, Juan Pablo Posada. Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica. In: **Nuevo Derecho**, Vol. 5, Nº 6. Enero-Junio de 2010. Pp. 47-63, Colombia.
- GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Derecho e incertidumbre. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n.º28, 2012, Pp.97-118.
- GARDEAZÁBAL, Mauricio Rengifo. Hermenéutica y Racionalidad Jurídica. **Precedente**, 2003, Pp.149-161.
- GEHLEN, Arnold. **El Hombre**. Su Naturaleza y su Lugar em el Mundo. 2ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987.
- GENN, Hazel. **Judging Civil Justice**. Cambridge, New York, 2010.
- GENY, François. **Método de Interpretación y Fuentes em Derecho Privado Positivo**. 2ª Ed. Madrid: Editora Reus SA., 1925.
- GIRALDO, Liliana Damaris Pabón. **El Juez como Gerente del Proceso Civil: reto en la nueva tendencia del derecho procesal contemporáneo**. Ediciones Nueva jurídica Tendencias contemporáneas del derecho procesal. Bogotá: Ediciones Nueva jurídica, 2017.
- GOLDSCHIMIDT, Werner. **Introducción al Derecho** (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar, 1958.
- GÓMEZ, Katia; PIÑEDO, Laura Carvalho. **Comparative Law for Spanish–English Speaking Lawyers**. Uk: Edward Elgar, 2016.

GONZÁLEZ, José Calvo. La controversia fáctica Contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del Derecho. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, n.º 26, 2008, Valparaíso, Pp.221-256. P.227-229.

GRADI, Marco. **Cornelis Saftleven e l'allegoria del processo**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9663672/Cornelis_Saftleven_e_l_allegoria_del_processo> Acessado em: 30/01/2018.

_____. **Inefficienza della giustizia civilee «fuga dal processo»**: Commento del decreto legge n. 132/2014convertito in legge n. 162/2014. Messina: Edizioni Leone, 2014.

_____. **Vizi in Procedendo e Ingiustizia della Decisione**. In: Studi in Onore di Carmine Punzi. Torino: G.Giappichelli Editore, 2008. Pp.63-89.

GRAMSCI, **Concepção Dialética da História**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

GRANFIELD, David. **La Experiência Interna del Derecho**: Una experiencia de la intersubjetividad. México: Editora Iteso, 1996.

GRONDIN, Jean. **Introducción a la Hermenêutica Filosófica**. Barcelona: Herder, 1999.

GROPPI, Tania. **¿Hacia una Justicia Constitucional "Dúctil"?** Tendencias Recientes de las Relaciones Entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>>. Acessado em: 28/03/2013.

GROSSI, Paolo. **La Invenzione del Diritto**: a proposito della funzione dei Giudici. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf>. Acessado em: 12-06-2017.

_____. **La Primera Lección de Derecho**. Barcelona: Marcial Pons, 2006.

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

_____. **Un Diritto senza stato**. In: Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno, n.º 25, 1996.

GUARDIA, Lucas. Ficción y Realidad del Principio de Publicidad del Juicio (La Imaginación al Derrumbe de la Verdad). **Lecciones y Ensayos**, 2007, n.º 83, Pp. 99-132.

GUASP, Jaime. **La pretension procesal**. Madrid: Civitas, 1985.

_____. **Juez y Hechos en el Proceso Civil**. Barcelona: Borsch, 1943.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

_____. **Distinguiendo**: Estudios de teoría y meta teoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. **Estudios de Teoría Constitucional**. Primera edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

GUERRA, José Antonio Colmenero. Ciudadanía y Justicia, Eficácia y Legitimidad de la Administración de Justicia. **Nuevas Políticas Públicas**: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, n.º 5, 2009.

GUERRA, Valeria. Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad. **Revista de Derecho Privado**, n.º 21, julio-diciembre de 2011, Bogotá, Pp.59-86.

GUIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GUILLEN, Víctor Fairen. **Bases uniformes de legislación procesal**. Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, junio de 1970. Disponible em < file:///C:/Users/Gabriela/Downloads/Dialnet-BasesUniformesDeLegislacionProcesal-1957400.pdf> Acessado em 31/01/2018.

_____. **Teoría General del Derecho Procesal**. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

GUMBRECHT, Hans Ulrich. **As funções da Retórica Parlamentes na Revolução Francesa**. Estudos Preliminares para uma pragmática histórica do texto. 1ª ed.. Belo Horizonte: Editora Ufmg, 2003.

GUSMÃO, Manoel Aureliano. **Processo Civil e Comercial**. Volume I. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1926.

GUTARRA, Edwin Figueroa. Rompiendo a la Congruencia Procesal: Apuntes acerca del Principio de Elasticidad en sede Constitucional. **Gaceta Constitucional**, tomo 28, 2010, Pp.121-142.

HÄBERLE, Peter La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta. **Direito Público**, vol. 1, n.º 25, Jan-Fev/2009, Pp. 283-304.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002.

_____. **La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale**. Disponible em: < https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/HaeberleRom.doc> Acessado em 07/02/2018.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Verdad y justificación**. Madrid: Editorial Trotta, 1999

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder**. Barcelona: Herder Edotorial, 2014.

_____. **Sobre el Poder**. Barcelona: Herder, 2005.

_____. **Tipología de la Violencia**. Barcelona: Herder, 2013.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HEGEL G.w.f. **Fenomenologia do Espirito**. Vozes: Petrópolis, 1992.

HEIDEGGER, Martin. **¿Que es la Filosofia?** Barcelona: Herder, 2005.

_____ **Ontología**. Hermenéutica y Facticidad. 1º ed. Alianza Editorial, 1999.

_____ **Ser e o Tempo**: Parte I. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

_____ **Ser, Verdad y Fundamento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____ **Filosofía, Ciencia y Técnica**. 1997. Santiago de Chile: Editorial Universitario.

HESPANHA, António Manuel. **Ideias sobre a Interpretação**. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

HEYDON, Dyson. Judicial Activism and the Death of the Rule of Law. **Quadrant Magazine**, Jan/Feb2003, Vol. 47 Issue 1. Disponível em <<http://www.nzlii.org/nz/journals/OtaLawRw/2004/2.html>> Acessado em 13/02/2018.

HINKELAMMERT, Franz. **La maldición que pesa sobre la ley**. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso. San José: Costa Rica: Editorial Arlekin, 2010.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

HOFFE, Otfried. **A democracia no Mundo de Hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____ **O que é justiça?** Porto Alegre: Edipuc, 2003.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **La Senda del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2014;

HOMERDING, Adalberto Narciso. O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidgger e Gadamer. **Revista Ajuris**, Ano XXX, n.º 91, Setembro de 2003. Porto Alegre: Ajuris, 1974.

HUSSERL, Edmund. **La Crisis de las Ciencias Europeas y la Fenomenología Transcendental**. Barcelona: Editorial Crítica, 1991.

IACCARINO, Antonio. **Verità e Giustizia** per um'ontologia del pluralismo. Roma: Città Nuova, 2008.

IBAÑEZ, Perfecto Andres. **Derecho y Justicia en el Siglo XXI, mas Difícil Todavía**. Colóquio Internacional - Direito e Justiça no Século XXI.

IHERING. **A Evolução do Direito**. Lisboa: José Bastos Editores, 1963.

INGOLD, Tim. **La evolución de la sociedad**. Madrid: Metatemas, 2000.

JARAMILLO, Mabel Londoño. Deberes y derechos procesales en el Estado social de derecho. **Opinión Jurídica**, vol.6, n.º 11, enero-junio 2007, Universidad de Medellín, Pp.69-86.

JASPERS, Karl. **Filosofía de la Existencia**. Madrid: Aguilar, 1961.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 3ª. Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Direito à Duração Razoável do Processo**: responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013.

_____. **O que Marbury v. Madson tem a ver com o Controle de Constitucionalidade de leis na Constituição da República Federativa do Brasil?**. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix. **Controvérsias Constitucionais Atuais**. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2014.

JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. **Das normas fundamentais do processo e o projeto de novo Código de Processo Civil Brasileiro: repetições e inovações**. In: RIBEIRO, Darci Guimaraes; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JULLIEN, Francois. **Las Transformaciones Silenciosas**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009.

JUNG, Carl. **Los Complejos y el Inconsciente**. Madrid: Editora Alianza, 1974.

JUNOY, Juan Picó. **El Juez y la prueba**: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal. Barcelona: Editorial Bosch, 2007.

JUNOY, Juan Picó. **Los Principios Constitucionales Rectores del Proceso Civil I**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005.

JUNOY, Juan Picó y. **La Modificación de la Demanda en el Proceso Civil**. 1ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

JUNOY, Juan Picó y. **O Juiz e a Prova**. Estudo da Errônea recepção do Brocardo iudex iudicare debet allegata et probata, non secundum conscientizam e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **El Derecho Procesal entre el Garantismo y el eficacia**: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). **Proceso Civil e Ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

JURADO, Germán Gurín. **Epistemologia Hermneutica em la intersdisciplinarietà contemporanea**. 2ª ed.. Manizales: Universidad Católica de Manizales, 2011.

KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, Aplicación y Comprensión**. 1ª ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007.

KASPAROV, Garry. **Cómo la Vida Imita al Ajedrez**. Granada: Debate, 2016.

KATJU, Markandey. **Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism**. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 17/05/2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KERNALEGUEN, Francis. **Institutions Judiciaires**. Paris: Litec, 1999.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California Law Review. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 12/06/2017.

KRAEMER, Eduardo. **A Responsabilidade do Estado e do Magistrado**: em decorrência da deficiência da prestação Jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

LAGGIARD, Maximiliano Cal. Principio de Congruencia en los Procesos Civiles. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**, 2012, ano XI, n.º 21. Pp.11-24.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATOURETTE, Bruno. **A esperança de Pandora**. Bauru, São Paulo, Edusc, 2001.

_____. **Políticas da Natureza**. Como fazer Ciência na Democracia. Bauru: Edusc, 2004.

_____. **Ciência em Ação**. Como seguir Cientistas e Engenheiros Sociedade Afora. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

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

_____. **La Esperanza de Pandora**. Ensaio sobre la Realidad de los Estudios de la Ciencia. Barcelona: Gedisa, 2001.

_____. **Reagregado o Social**. Uma Introdução à Teoria do Ator-Rede. Bauru: Edusc, 2012;

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

LEFEBVRE, Henri. **Lenguaje y Sociedad**. Buenos Aires: Proteo, 1967.

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

LIZCANO, Emmánuel. **Metáforas que nos piensan**: Sobre ciencia, democracia y otras poderosas ficciones. Madrid: Ediciones Bajo Cero, 2006.

LOCKE. **Two Treatises of Civil Government** (Segundo tratado do governo civil). London: Every-man's Library, 1966.

LÓPEZ, Carlos Fuentes. **El racionalismo jurídico**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

LÓPEZ, Modesto Saavedra. **Jurisdicción**. Em: VALDES, Ernesto Garzon; LAPORTA, Francisco, J. *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

LÓPEZ, Sonia Calaza. Principios Rectores del Proceso Judicial Espanõl. **Revista de Derecho UNED**, n.º 8, Pp.49-84, 2011.

LÓPEZ, Yeison Manco. **La verdad: entre la validez y las prácticas sociales en la ciencia y el derecho**. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014.

LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n.º 49, ano XVII, jul.1990. Pp. 149-168.

_____ **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUYPEN, W. **Fenomenología del Derecho Natural**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1968.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S., GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge, 2016.

MAFFESOLI, Michel. **Iconologías: nuestras idolatrías posmodernas**. Barcelona: Península, 2009.

MAIENE, Henry Summer. **EL Derecho Antiguo**. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2014

_____ **Las Instituciones Primitivas**. Madrid: Biblioteca de Jurisprudência, 1992.

MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de L'État**. Tome I. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1920.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di Diritto Processuale Civile**. Milão: Giappichelli, 2017

MARENGO, Roberto. **La Discrezionalità del Giudice Civile**. Torino: Giappichelli Editore, 1996.

MARÍN, Rafael Hernández. El Control de la Actividad Judicial y las Teorías Jurídicas Actuales. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2017, n.º 40. Pp. 123-146.

MARINELLI, Vincenzo. Il problema dell'ermeneutica giudiziaria. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo. **Analisi e Diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

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

_____ **De surcroît**. Études sur les phénomènes saturés. 1ª ed. Paris: PUF, 2010.

MARTIN, Philippe. **Dialogue social, participation et concept de gouvernance**. In: MARTIN, Philippe (dir.) *Dialogue social et r egulation juridique*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2007. Pp. 21-42.

MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Juezas y Jueces para la Democracia**. Disponible em <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2017/01/II-PONENCIA-JpD-y-la-Administracion-de-Justicia-Carlos-Gomez.pdf>> Acessado em 03/02/2018.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprud ncia do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. República Federal de Alemanha: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

MARTYNIUK, Claudio. **Sobre la narración hermen utica de la normatividad: tesis sobre la hermen utica, la novela del derecho y la retórica**. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Desde otra mirada; textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MATTIUZZI, Marta. **L'oggetto del Processo Amministrativo di Legittimità**. Ferrara: Universit  degli Studi di Ferrara, Anni 2007-2009. 217 p. Dottorato di Ricerca in Comparazione Giuridica e Storico-Giuridica.

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

MATURANA, Humberto. VARELLA, Francisco. **De máquinas y seres vivos**. Santiago del Chile: Editorial Universitaria, 1998.

MEDINA, Diego Eduardo López. **El Derecho de los Jueces**. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006.

MELENDO, Santiago Sentís. **El Juiz y el Derecho (iura novit curia)**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957.

MELERO ALONSO, Eduardo. La dogmática jurídica es política: La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas, un acercamiento desde el derecho público. **Revista Jurídica**, n. 9, 2003, Madrid, Pp.235-263.

MELO, Gustavo de Medeiros. **O Acesso   Justica na Perspectiva do Justo Processo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.), **Processo e Constitui o: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. 1  Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

_____. La Influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil. **Revista Justicia**, n. 1, Pp.9-40, 1983.

MENGER, Anton. **El derecho civil y los pobres**. Madrid : Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

MENGONI, Luigi. Il diritto costituzionale come diritto per principi. In: **Rivista Ars Interpretandi**, 1996, Pp. 95-112.

MENKEL-MEADOW, Carrie. **From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving**: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/584/>>. Acessado em: 31/01/2018.

MERCEDES, García Arán. **La Prevencion Judicial**. Madrid: Tecnos, 1990.

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

_____ **O Homem e a Comunicação**: A prosa do mundo. Rio de Janeiro: Edições Bloch, 1974.

_____ **El Mundo de la Percepción**. Siete Conferencias. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

MEROI, Andrea A. Iura Novit Curia y Decisión Imparcial. **Revista Ius et Praxis**, ano 13, n.º 2, 2016. Pp.379-390.

MIEC, Keenan D.. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California Law Review. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acessado em: 12/06/2017.

MILITERNI, Giuseppe Mario. **Il Monismo Giuridico e la Crisi del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1952.

MINORETTI, Silvia. **Il Riconoscimento della Domanda**. Milano: Università degli Studi di Milano Scuola di Milano, 2011. 117 p. Dottorato in Scienze Giuridiche – Dipartimento di Diritto Pubblico, Processuale Civile, Internazionale ed Europeo.

MIRANDA, Felipe Arandy. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional**. Brasília: IDP, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade**: os três caminhos. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____ **Garra Mão e Dedo**. São Paulo: Bookseller, 2002.

_____ **Introdução à Ciência Política Científica**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

_____ **Margens do Direito**. São Paulo: Bookseller, 2005;

_____ **O Problema Fundamental do Conhecimento**. São Paulo: Bookseller, 2008.

_____ **Tratado das Ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

_____ **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____ **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

MITIDIEIRO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **A racionalidade da decisão judicial política**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos.

MONTERO, Ángel de Álvaro. **Las Alteraciones Sobvenidas del Factum Probandum en el Proceso Civil**: El periplo de los hechos desde los hechos a probar hasta las diligencias finales. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2015. 404 p. Tese - Doctorado en Derecho.

MONTES, Luis Fernando Crespo. La Administración de Justicia: de la teoría a la práctica. **Revista de administración pública**, n.º149, 1999, Pp.337-398.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOORE, Michael S. **Interpretando a Interpretação**. In: MARMOR, Andrei. Direito e Interpretação. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MORA, Javier Casinos. El Dualismo Autoridad-Potestad como fundamento da la Organización y del pensamiento Políticos de Roma. **Polis Revista de Ideas y Formas Políticas de la Antigüedad Clásica** n.º11, 1999, Pp. 85-109.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a Multiplicidade de Perspectivas no Estudo do Processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, vol. 56. 4º Trimestre de 1987. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

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

_____. **El Proceso Justo**. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.

MORGAN-EVANS, Elisenda de Villamor. **El Elemento Valorativo en la Interpretación del Derecho**. Tesis Doctoral. Derecho de la Universidad de Extremadura, Cáceres. Cáceres: Edit. Universidad de Extremadura Servicio de Publicaciones c/ Pizarro, 2001.

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

_____. **Sociologia de um Fracasso**. France-Observateur, 5 de novembro de 1959.

_____. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo**: Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: Franco Angeli S.R.L., 2012.

MORO, Sergio. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político**: Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Barcelona: Paidós, 1995.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. A questão fundamental da Democracia. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

MUÑOZ, Fernando. Autonomía y Responsividad: Sobre la Relación entre Derecho y Sociedad. **Anuario de Derecho Público**, n.º1, 2011, Pp.502-524.

MUNNO, Eleonora. **L'Intervento di Volontaria Giurisdizione del Giudice nelle Società di Capitali**. Tese de Doutorado. Guido Carli Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 2014, 242 p.

NARDONE, Giorgio; DE SANTIS, Giulio. **Pienso, Luego Sufro**: Cuando Pensar Demasiado Hace Daño. Madrid: Paidós, 2012.

NEGRO, Dalmacio. Prologo. GALLEGO, Elio A. **Tradicción Jurídica y Derecho Subjetivo**. Madrid: Dykinson, 1999.

NEVES, Antônio Castanheira. **Questões de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

_____. **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

NIETO, Alejandro. **El malestar de los jueces y el modelo judicial**. Madrid: Editorial Trotta, 2010;

NIETZSCHE, Friedrich. **La Gaya Ciencia**. Disponível em: <<http://www.librodot.com/>>.

_____. **Humano Demasiado Humano**: um livro para espíritos livres. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

NIÑO, Carlos S. La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, N.º 4, Septiembre-diciembre 1989. Pp.79-88.

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

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Editora, 1987

OLIU, Alejandro Abal. **Derecho Procesal**. Tomo I. Segunda Edición, Revisada Y Actualizada. Uruguay: Fundación De Cultura Universitaria, 2001.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. **Oggetto del processo civile e cosa giudicata**. Milão: Giuffrè Editore.

OLIVEIRA, Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n.º 2, set. 2004. Pp. 131-163.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Jurisdição Voluntária**: Perspectiva atual à luz da Teoria Geral e da Instrumentalidade do Processo Civil, Reflexos sobre o Âmbito de Aplicação da Discricionariedade Judicial. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 244 p, 2011.

- OLIVERCRONA, Karl. *Lenguaje Jurídico y Realidad*. México: Fontmara, 1991.
- OLLERO, Andres. **Interpretación del Derecho y Positivism Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.
- OPOCHER, Enrico. **Lezioni di filosofia del diritto**. Padova: Cedam, 1983.
- ORTEGA Y GASSET, Jose. **La Rebelion de las Masas**. Barcelona: Espasa Libros, 1999.
- ORTIZ, Juan Ramón Liébana. **La nuova volontaria Giurisdizione in Spagna**. In: Rivista Scientifica di Diritto Processuale Civile. La Nuova Procedura Civile, 2016, Pp.13-39.
- OSÉS, Andrés Oniz. **Amor y Sentido**. Una hermenéutica simbólica. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003.
- OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contat hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp 15-48, 2017.
- _____. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º3-4/2013. Pp.701-727.
- _____. **To Avenge, to Forgive or to Judge? Literary Variations**. Disponível em: <<http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo9OST.pdf>> Acessado em:30/01/2018.
- _____. **O Tempo do Direito**. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001.
- OTEIZA, E. **El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba; O “provar e soccombere”**: ¿Es posible plantear un dilema absoluto?. In: MORELLO (dir.) *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- PALMER, Richard E. **¿Qué es la Hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002.
- _____. **Hermeneutica**. Lisboa: Edições 70, 1969.
- PARGA, Milagros Otero. **La Responsabilidad Social de la Función Juzgadora**. Acessado em 26/11/2017. Disponível em: <<https://www.tribunalqro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=6&cronicaJudicial=1>>.
- PASSOS, Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Julgando os que os Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. **Da Jurisdição**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1952.
- _____. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- PAULETTI, Ana Clara. **Iura Novit Curia y Reconducción de las Postulaciones**: Cuando la Tutela Judicial Efectiva, es un Derecho Fundamental. Disponível em: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/principio_iura_novit_curia_ponencia_xxvi_congreso_nacional_pauletti.pdf> Acessado em: 30/01/2018.

_____, **Principios Procesales del Proceso Civil Entrerriano**. Disponível em <http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/EntreRios_11.pdf>. Acessado em: 01/01/2018.

PELLEJERO, Eduardo; GOLGONA, Anghel. **Fora da Filosofia**. Lisboa: FCT, 2010.

PENASA, Simone. **Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”**: Gli effetti del dato scientifico sull’esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati. Disponível em <<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/penasa.pdf>> Acessado em: 31/01/2018.

PEÑA, Rodrigo Alexander Kaufmann. **Traducción Libro Die Richterliche Aufklärung im Zivilprozeb (La Aclaración judicial en el proceso civil) de Rolf Stürner**. Santiago del Chile: 2010. Disponível em: <www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-kaufmann_r/pdfAmont/de-kaufmann_r.pdf>

PEREDA, Victor Raúl Espinoza. **La Prohibición del Abuso Procesal en el Proceso Civil Peruano**. Perú – Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Procesal. 159 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique **¿Qué Significa Juzgar?** In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009).

PEYRANO, Jorge W. Acerca de los “ismos” en Materia Procesal Civil. **Themis- Revista de Derecho**, Perú, 2010, n.º 58.

_____. **El Juez y la Búsqueda de la Verdad en el Proceso Civil**. Disponível em <<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/eljuezy laverdad.pdf>> Acesso em: 07/02/2018.

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

_____. **La giurisdizione all’alba del terzo millennio**. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. La Crisis del Monopolio Statuale. **Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche**. n.º 2, 2011. Pp. 43-78.

PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **La Responsabilità del Giudice**. Milano: Giuffrè Editore, 1995.

PIN, Víctor Gómez. **Filosofía**: Interrogaciones que a todos conciernen. Madrid: Espasa, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto processuale Civile**. Seconda Edizione, Napoli: Jovene Editore, 1996.

PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080> . Acessado em: 08/02/2018.

POLLICINO, Oreste. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint. *European & International Law. German Law Journal*, vol. 05, n.º 3, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. **O Juiz no contexto da interpretação jurídica**. Bimestral. *Idéias Legais - Ano 1 - n.º 4 - Julho e agosto*. Campo Grande – MS: Escola Superior da Magistratura da 24ª Região, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Jurisdição Voluntária**: Atividade Administrativa ou Jurisdicional? In: *Revista Jurídica*, ano XXXI, v.104. São Paulo: São Paulo Ind. Gráfica e Editora S/A, mai/abr. de 1984. Pp. 80-85.

POSNER, Richard A. El Rol del Juez en el Siglo XXI. **Themis – Revista de Derecho**, Perú, Año XXXV, n.º 58, 2010.

POSTIGO, Victor. La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa. **Revista el Derecho de Colegio de Abogados de Arequipa**, Lima, 2015.

POUND, Roscoe. **The Formative Era of American Law**. Boston: Little Brown, 1938.

_____ **Introdução à Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

PROSPERI, Francesco. Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile. **Civiltistica**, Rio de Janeiro, a. 5, n.º 2, 2016, Pp.1-43.

PUENTE, Mauricio Beuchot. **Perfiles esenciales de la hermenéutica: hermenéutica analógica**. Proyecto Ensayo Hispánico. Teoría y Crítica. Disponível em: <<http://www.ensayistas.org/critica/teoria/beuchot/>> Acessado em: 30-12-2017.

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

PUNZI, Antonio. **Dialettica Persuasione Verità**: La pratica della ragione giuridica negli scritti postumi di Giuseppe Capograssi. Disponível em <https://www.academia.edu/6095136/DIALETTICA_DELLESPERIENZA_GIURIDICA> Acessado em: 31/01/2018.

PUY, Francisco. **Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo**. Disponível em <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/468/13.pdf>> Acessado em: 28/01/2018.

QUEROL, Núria. **La Prejudicialitat en el Procés Civil**. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. 603 p. Tesis Doctoral.

RACHELI, Stefano. Meditazioni in tema di Motivazione. **Cultura e diritti**: per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, Anno 1, n.º 1, gennaio-marzo 2012, Pisa university press . Pp.57-63.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. 1ª Ed. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.º 19, 2007, Pp. 1-19.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Manuel Ortells. **Derecho Procesal Civil**. 8ª Edición. Barcelona: Arazandi, 2016.

RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

RAZ, Joseph. **La Autoridad del Derecho**. Ensayos sobre derecho y moral. 2ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México Imprenta Universitaria, 1985.

REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

REGLA, Josep Aguiló. **Cuatro modos de debatir**. In: Ministerio de Ciencia y Tecnología Español. Argumentación y constitucionalismo.

RENDINA, Marco. **Per una Critica del Principio Iura Novit Curia**. Milano: Università Degli Studi di Milano, Anno Accademico 2013-2014. Tesi di Dottorato di Ricerca. 223 p.

RIBEIRO, Darci Guimarães A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, v. 39, n.º 232, Pp. 13-35, jun. 2014.

_____. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, v. 40, p. 101-120, 2014.

_____. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

_____. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 17, n.º 65, 2009, Pp. 53-68.

_____. O Sobre-princípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. **Revista Forense**, v. 381, Pp. 57-70, 2005.

_____. **Objeto do Processo e Objeto do Debate**: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do Novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). **Desvendando o novo CPC**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

_____ **Hermenéutica y Acción.** De la Hermenéutica del Texto a la Hermenéutica de la Acción. Ensayos de Hermenéutica II. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.

_____ **Caminos del Reconocimiento.** Tres Estudios. México: Fondo del Cultura Económica, 2006.

_____ **Diritto, Interpretazione, Applicazione. Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica,** 1996.

_____ **Si Mismo Como Otro.** Madrid: Siglo Veintiuno,1996.

RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

RIVELLO, Pierpaolo. **Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea:** Logiche processuali e paradigmi scientifici. Roma: Giappichelli, 2010.P. 4.

ROACH, Kent. **The Myths of Judicial Activism.** Disponível em <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=sclr>> Acessado em 02/02/2018.

ROBLES REYES, Juan Ramón Robles Reyes. **La Competencia jurisdiccional y judicial en Roma.** Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003.

ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile.** Vol. I. Parte Generale. 2 ed. Roma: Editrice Torinesi, 1966.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar.** Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____ **Epistemologia Jurídica e Democracia.** São Leopoldo: UNISINOS, 2003;

_____ **Três Matrizes da Teoria Jurídica. Revista de Estudos Constitucionais Hermenêutica e Teoria do Direito,** julho-dezembro 2013, Pp.141-149.

ROCHA, José de Moura. **Estudos sobre o Processo Civil.** Recife: Universidade de Pernambuco, 1969.

RODOTÀ, Stefano. **El Derecho a Tener Derechos.** Madrid: Editorial Trotta, 2014.

RODRIGO, José Rodriguez. **Como Decidem as Cortes?** Para Uma Crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2014.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica Filosófica uma Configuração entre Amizade Aristotélica e a Dialética Dialógica. **Revista de Filosofia Síntese,** Belo Horizonte, v. 31, n.º 100, 2004.

ROJAS, Gabriel García. **Derecho Procesal Civil.** México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

ROSEMBERG, Leo. **Da Jurisdição no Processo Civil.** Campinas: Impactus, 2005.

ROSSET, Clement. **La Filosofia Tragica.** Buenos Aires: Teorya y Pratica, 2010.

ROSSI, Stefano. **Quando il giudice si fa nomoteta: Influssi e riflessi sulla normazione.** Disponível em < <https://aisberg.unibg.it/handle/10446/30760?mode=full>> Acessado em 31/08/2018.

ROURA, Eudald Carbonell. **La Sociedad de la Ignorancia y otros ensayos.** Disponível em <http://www.ub.edu/histofilosofia/gmayos_old/PDF/SociedadIgnoranciaCas.pdf>. Acesso em 31/01/2018.

RUBIO, Fco. Javier Benítez. **La restauración de la dimensión originaria de la verdad en Gadamer.** Disponível em < <https://www.scribd.com/document/174868188/Benitez-Rubio-Fco-Javier-LA-RESTAURACION-DE-LA-DIMENSION-ORIGINARIA-DE-LA-VERDAD-EN-GADAMER>> Acessado em 07/02/2018.

RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. **Il Diritto Possibile.** Funzioni e Prospettive del médium giuridico.

RUIZ, Juana María Gil. La función judicial: entre la ciencia y el control social. **Anuario de filosofía del derecho**, n.º 17, 2000, Pp. 273-304.

RUIZ, Oscar José Dueñas. **Lecciones de Hermeneutica Juridica.** 5ª ed.. Rosatio: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del Derecho y Critica Juridica.** México: Fontamara, 1994. SABIGNY, M. F. C. de. **Sistema del Derecho Romano.** Tomo II. Madrid: Gongorna y Compañía, 1878.

SALAS, Minor E.. **¿Qué significa fundamentar una sentencia?** Disponível em: < <https://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>>. Acessado em 30-12-2017.

SALAVERRIA, Juan Igartua. **La Motivacion de las Sentencias, Imperativa Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2003.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e Objeto Litigioso do Processo. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, n.º 16, p. 133., julho, 1979

SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. **Proceso, Democracia y Humanizacion.** Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: "Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich", dirigido por los profesores Dr. Peter Guilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992. Disponível em: < <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/rivero13.htm>>. Acessado em: 31/01/2018.

SANCHO, Jesus Conill. **Ética Hermenéutica.** Madrid: Tecnos, 2010;

SANTINI, Marco **Iura novit curia.** Bologna: Università di Bologna, 2012. Thesis Dottorato di ricerca in Istituzioni, mercati e tutele: indirizzo "Diritto processuale civile", 221 p. Disponível em: < <http://amsdottorato.unibo.it/5002/1/Santini2012INC-ocr.pdf>>

SANTOS, Andres de la Oliva. **El Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil.** Madrid: Civitas, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Judicialização da Política**. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniaao/bss/078en.php>>. Acessado em: 26/12/2017.

_____. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

_____. **La transición postmoderna: Derecho y política**. In: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 1º Vol. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

SARTEA, Claudio. **L'identità dell'Avvocato tra diritto, verità ed etica**. Convegno di Studi, Ravenna, 20 gennaio 2017.

SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil**. Vol. III. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973.

_____. **Diritto Processuale Civile**. Padova: Cedam, 1994.

_____. **Soliloqui e Colloqui di un Giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.

_____. Giurisdizione (nozioni generali). **Enciclopedia del Diritto**, XIX, Giuffrè, Milano, 1970.

SAVATER, Fernando. **Las Preguntas de la Vida**. Barcelona: Ariel, 1999.

SCAGLIOTTI, Daniela Accatino. La Fundamentación de las Sentencias: ¿un rasgo distinto de la Judicatura Moderna? **Revista de Derecho de la Universisias Austral de Chile**, Vol. XV, n.º2, Valdivia, diciembre 2003. Pp. 9-35

_____. La Fundamentación de las Sentencias: ¿un rasgo distinto de la Judicatura Moderna? **Revista de Derecho**, Vol. XV, 2003 Pp. 9-35.

SCALIA, Antonin. **Una Cuestión de Interpretación**. Peru: Palestra Editores, 2015.

SCALISI, Vincenzo. Per una Ermeneutica Giuridica Veritativa Orientata a Giustizia. **Rivista di Diritto Civile**, Milani, 2014, v.60, n.º 6, Pp1259-1271.

SCHLESINGER JR, Arthur M. **The Supreme Court**. In: Fortune, 1947.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Bosquejo para una Determinación Ontológica del Derecho**. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1950.

SFORZA, Widar Cesarini. **Crisi della libertà e crisi della legge**. in AA. VV., La crisi dei valori. Roma: Partenia, 1945, Pp.43-56.

SHAPIRO, Scot J. Problema. **Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, núm. 11, enero-diciembre de 2017.

SICHES, Luis Recanséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. 2ª ed. México: Porrúa, 1973.

_____. **Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable**. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

_____. **Los Temas de la Filosofía del Derecho: en perspectiva histórica y visión de Futuro**. Barcelona: Bosch, 1934.

_____. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973.

SIDOU, J. M. Othon. A Controvertida Jurisdição Voluntária. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, vol. 19, n.º 22, Pp.75-90, Jul./set.2002.

SÍLVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação Constitucional Operativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, M. L. Portocarrero F. Filosofia, Praxis e Hermenêutica: a perspectiva de H.-G. Gadamer. **Revista Filosófica de Coimbra**, n.º 11, 1997, Pp. 63-84.

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

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Da Função à Estrutura**. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. (orgs.) Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Epistemologia das Ciências Culturais**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.

_____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Processo e Ideologia**. São Paulo: Forense, 2004.

SOARES, José de Souza. **O Novo Código de Processo Civil (Comentado)**. Rio de Janeiro: Gráfica Labor, 1940.

SOLÁ, Marcela García; BARBERIO, Segio. **Principios Generales del Proceso Civil: Diseño Clasico y Mirada Actual**. In: PEIRANO, Jorge W (dir.). Principios Procesales. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011.

SOLIDORO, Laura. **Il Giudice e il Fatto: Nuove Suggestioni del Pensiero Vichiano**. Disponível em:

<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2014/contributi/2014_Contributi_Solidoro.pdf> Acessado em: 30/01/2018.

SOLIS, Carlos. **La Historia de la Ciencia Despues de Khun**. Barcelona: Paídos, 1997.

SOLUM, Lawrence. **Legal Theory Lexicon: Judicial Activism & Strict Construction**. All the theory that fits!. June 18, 2012. Disponível em: <<http://www.typepad.com/services/trackback/6a00d8341bf68d53ef0176159b9e3f970c>>. Acessado em: 25/12/2017.

SOULIER, Gérard. Le théâtre et le procès. **Droit et Société**, vol.17, n.º1, 1991.Pp. 9-24.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao Processo Civil**. Porto Alegre: Lex, 2010.

STAMMELER, R. **El Juez**. Habana: Cultural S.A., 1941.

_____ **Teorias del Derecho y del Estado**. Barcelona: General Editora, 1941.

_____ **Tratado de Filosofía del Derecho**. Primera Edición. Madrid: Editorial Reus, 1930.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

_____ **Dialética e Hermenêutica: Uma controvérsia sobre o método em Filosofia**. **Síntese**, vol.10, n.º29, 1983, Pp.21-48.

_____ **Pensar e Errar** um ajuste com Heidegger. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

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, 2010.

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

_____ **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

STÜRNER, Rolf. Derecho Procesal y Culturas Jurídicas. **Revista Ius et Praxis**, n.º13, Pp.435-462, 2007.

_____ **La Aclaración Judicial en el Proceso Civil**. Santiago, Chile 2010.

SUÑÉ LLINÁS, Emilio. Reflexiones sobre la Potestad Jurisdiccional. **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**. n.º 1562, Pp.2116-2128, 1990.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito**. 1ª Edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TAMANAH, Brian Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging**. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

_____. **Law as a Means to an End.** Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TARUFFO, Michele. **Il Processo Civile Adversary Nell'Esperienza Americana.** Padova: Cedam, 1979.

_____. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. **Isonomía.** N.º 22. Abril de 2005.

_____. **La Motivación de la Sentencia Civil.** México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____. Narrativas Judiciales. **Revista de Derecho Valdivia,** vol.20, 2007, Pp.231-270.

_____. **Sobre las Fronteras.** Escritos sobre la Justicia Civil. Bogotá-Colombia: Editorial Temis, 2006.

TAVORMINA, Valerio. **Diritto e Processo** (uno schema di teoria generale). **Rivista di Diritto Civile,** 2009, n.º 1.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. **Revista Direito GV,** São Paulo, n.º 8, Pp.37-58, Jan-Jun 2012.

TEJERO, Francisco Hernández. Sobre el Concepto de Potestas. **Anuario de historia del derecho español,** 1946, Pp.605-624, n.º17.

TINTURÉ, Maria Isabel Köpcke. **Between Auctoritas and Potestas.** Disponível em <http://www.trinitinture.com/documents/maris/WIJFFELS_KOPCKE.pdf> Acessado em 01/02/2018

TÖRNQVIST, Tomas. **Iura Novit Curia.** Universidade de Lund - Faculdade de Direito. Tese em litígio – 2000. 124 p.

TORO, Julio César Fernández. **Participación Judicial y Gobernabilidad Democrática de la Justicia Formal a la Justicia Popular.** Disponível em: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol6/6-5.pdf>>. Acessado em: 23/05/2017.

TORRE, Massimo La. Derecho y Conceptos de Derecho: Tendencias Evolutivas desde una Perspectiva Europea. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales,** n.º 16, 1993. Pp.67-93.P. 87-90

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di Diritto Privato.** 19ª ed. Milano: Giffré, 2009.

TORRES, Miguel. **El Juez Español.** Lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser. Madrid: San Bernardo, 1875.

TOURRAINE, Alain; KHOSROKHAVAR, Farhad. **A Busca de Si:** Diálogo sobre o sujeito. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal:** Sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. Cali, Colombia: Universidad del Valle, 2009. 102 p. Maestría em Filosofia.

TOVAR, Carlos Moreira y Jesús. **Cinco tesis sobre justicia y democracia en América Latina**. Disponible en: <http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_29331.pdf> Accedido en 04/01/2018.>. Accedido en: 30/01/2017.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

TUORI, Kaius. **The Emperor of Law: The Emergence of Roman Imperial Adjudication: Roman Society and Law**. New York: Oxford University Press, 2016.

URIEL, Pilar Fernández; ROMERO, Irene Mañas. **La Civilización Romana**. Madrid: Uned, 2013.

VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Estructura y sentido de la judicatura función y misión del juez**. México: Universidad Autónoma de Nuevo León Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2000.

_____ **Teoría del Estado**: fundamentos de filosofía política. México: Trilla, 2002.

VAN RHEE, C.H. Civil Procedure: A European Ius Commune. **European Review of Private Law**, n.º4, 2000.

VANNEY, Maria Alejandra. Ius, Lex y Derechos Subjetivos: una visión Orsiana de la Cuestión. **Persona y Derecho**, n.º 61 (2009). Pp.283-307.

_____ **Libertd y Estado**. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009.

VARELA, Casimiro A. **Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal**. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1999.

VARELA, Francisc THOMPSON, Evan. ROSCH, Eleanor.. **De Cuerpo Presente**. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997.

VÁSQUEZ, Rodolfo Pérez. La jurisprudencia vinculante como norma jurídica. **Justicia Juris**, Vol 7, Abril-Septiembre 2007, Pp. 9-14.

VATTIMO, Gianni. **El fin de la Modernidad**: Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna. 2ª Ed. Barcelona Editorial Gedisa, 1987.

VECCHIO, Gianfrancesco. **Incongruenze e disapplicazione della legge nella giurisprudenza civile e dintornidi**. Bellaria: Libellula Edizioni, 2017.

VELEJJO, José Antonio Silva. **La ciencia del Derecho Procesal**: Historia y Derecho. Ponencia llevada a cabo el 25 de febrero de 2011 en el auditorio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Perú, en el marco de las actividades de capacitación de la Escuela de Formación de Auxiliares. Disponible en <<https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/02/28/conferencia-la-ciencia-del-derecho-procesal-historia-y-derecho-comparado-dr-jose-antonio-silva-vallejo/>> Accedido en: 31/01/2018.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La Prueba Judicial** (Reflexioes críticas sobre la Confirmación Procesal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

VENTURA, Pierfranco. **Metaproblematiche de Diritto**. Per una Ri-Animazione Etico-Giuridica Dell'Esistenza. Vol. 1°. Milano: Giuffrè Editore, 1997.

_____. **Sistema Procesal**. Garantía de la Libertad. Tomo I. Buenos Aires: Rubizal – Culzoni Editores, 2009.

VERNANT, Jean-Pierre. **A Morte nos Olhos**. Figurações do Outro na Grécia Antiga. Ártemis, Gorgó. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.

_____. **Entre Mito e Política**. São Paulo: Edusp, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan 1997.

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.

VINYAMATA, Eduard. Conflictología. **Revista de Paz y Conflictos**, vol. 8, n. 1, Pp. 9-24.

VIOLA, Francesco Viola. **Il futuro del diritto Lectio magistralis di commiato**. Aula Magna, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, 26 novembre 2012. Disponível em <http://www1.unipa.it/viola/Il_futuro_del_diritto.pdf>. Acessado em 31/01/2018.

_____. **Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto**. Disponível em <http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf> Acessado em 01/02/2018.

VON KIRCHMANN, Julius Hermann. **La Jurisprudencia no es Ciencia**: el carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho. Disponível em: <https://kupdf.com/download/von-kirchmann-julius-hermann-la-jurisprudencia-no-es-una-ciencia-pdf_590377f0dc0d60d61d959f14_pdf>

WARAT, Luis Alberto. **Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969

_____. Dilemas sobre a História das Verdades Jurídicas. Tópicos para Refletir e Discutir. **Sequência**, vol.4, n.º 6, UFSC, Florianópolis, n.º 2, Pp.97-113.

_____. **Introdução Geral ao Direito II**. A Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. **Introdução Geral ao Direito III**: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955.

_____. **Territórios Desconhecidos**. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, vol. I.

WIELMANN, Javier. La Administración de Justicia como un Bien jurídico. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. Ano XXXVI, Valparaíso, Chile, 2011, Pp.531-573.

WILD, Rodolfo. **A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. Unisinos: São Leopoldo, 2016. 241 p. Tese (Doutorado em Direito)

WILHELMSSEN, Frederick D. La Filosofía Política de Álvaro D'ors. **Revista de Historia del Derecho Europeo**, n.º 4, 1992, Instituto de Derecho Común, Murcia, Universidad de Murcia, Pp.147-189. FERNÁNDEZ, Ana Isabel Clemente. **La Auctoritas Romana**. Madrid: Depalma, 1970.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **O papel dos juízes na criação do Direito**. *Estudos Jurídicos*. v. 19, n.º 47, set.-dez. 1986.

YUNG, Corey Rayburn. **Flexing Judicial Muscle**: an Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. 2011, University School of Law, vol. 105, n.º1. Disponível em <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1180&context=nulr>> Acessado em 02/02/2018.

ZACCARIA, Giuseppe. **Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción**. Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf>>. Acessado em: 30/12/2017

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley, el Derecho y la Constitución*. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 24, n.º 72, Septiembre-Diciembre 2004, Pp.11-24.P. 14-15

ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen**. Liberdade, Justiça e Desenvolvimento Sustentável. Passo Fundo: Imed, 2012.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Il lato oscuro della legge: diritto e supertizione. **Rivista di diritto civile**, Vol. 59, N.º. 2, 2013. Pp. 309-329.

ZIMBARDO, Philip. **El Efecto Lucifer**: el porqué de la maldad. Barcelona: Paidós, 2008.

ZIMMERMANN, Ana Cristina. **Ensaio sobre o Movimento Humano**: Jogo e Expressividade. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. Tese (doutorado) -Centro de Ciências da Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação.