

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

CESAR MARCIÓ

**A JURISDIÇÃO COMO *LOCUS* DEMOCRÁTICO HORIZONTAL:
UMA ANÁLISE HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA DA LEGITIMAÇÃO
DEMOCRÁTICA DA DECISÃO POLICÊNTRICA**

SÃO LEOPOLDO

2018

Cesar Marció

A Jurisdição como *Locus Democrático Horizontal*:
Uma Análise Hermenêutico-Filosófica da Legitimação
Democrática da Decisão Policêntrica

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor, pelo Programa
de Pós-Graduação em Direito, da Universidade
do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Área de concentração: Hermenêutica,
Constituição e Concretização de Direitos

Orientador: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2018

M319j Marció, Cesar
A jurisdição como locus democrático horizontal: uma análise hermenêutico-filosófica da legitimação democrática da decisão policêntrica / Cesar Marció -- 2019.
320 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

1. Jurisdição. 2. Democracia participativa. 3. Estado pós-moderno. 4. Decisão judicial. I. Título. II. Ribeiro, Darci Guimarães.

CDU347.98

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: “A JURISDIÇÃO COMO LOCUS DEMOCRÁTICO HORIZONTAL: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DECISÃO POLICÊNTRICA”, elaborada pelo doutorando **Cesar Marció**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 06 de setembro de 2019.

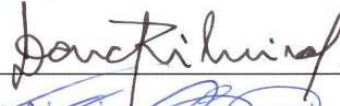


Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**


Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. William Santos Ferreira

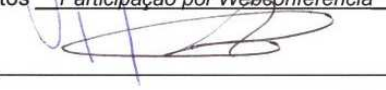


Membro: Dr. Jeferson Dytz Marin

Membro: Dr. Paulo Junior Trindade dos Santos

Participação por Webconferência

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



O presente esboço não seria possível sem a contribuição de inúmeros partícipes que, como fonte/esteio, sempre estiveram presente no trilhar desse extenso e árduo caminho acadêmico, razão pela qual dedico e compartilho essa conquista com esses seres de luminosidade intensa que, como verdadeiros faróis, são responsáveis pela clareza dos passos que direcionaram esse estudo até o presente momento. Assim, dedico esta conquista ao Grande Arquiteto do Universo, Fonte de Luz, de Felicidade e de Virtude. Aos meus pais Celso Marció (em memória) e Terezinha Ferronato Marció, pilares da família, por todo o esforço, dedicação, incentivo e carinho. “Doutores” pela concretização de inúmeras Teses de Vida que, pela complacência mútua, sempre representaram o amor verdadeiro. Ao meu irmão, Ronaldo Marció, pelo companheirismo em todos os momentos da vida, extensivo a sua linda família, Luciane Conte Marció e aos sobrinhos Gabriela Conte Marció e Lucas Conte Marció, às cunhadas Ligia Cristina Montemezzo e Cassia Regina Montemezzo extensivo ao seu esposo Elton Vaccaro e aos sobrinhos Vicente Augusto Vaccaro e Victor Hugo Vaccarro, este mais que um sobrinho um (a)**filh(ad)o** do coração e a sogra Marinez Biotto Montemezzo. Por fim, e não menos importante, dedico todo o esforço dessa laboriosa conquista à Lia Mara Montemezzo, hoje não apenas na condição de companheira (no seu mais belo e profundo significado/sentido), mas, em especial na condição de, doce e afetuosa, mãe do Nicolas Marció, com certeza, o maior feito de nossas vidas. Meu eterno Amor Fraternal à todos vocês!

AGRADECIMENTOS

O termo conquista tem, dentre os significados que lhe são atribuídos, a ideia de conseguir algo por esforço ou merecimento. Esforço não faltou nesta caminhada em busca do conhecimento, busca essa sem fim. O título de Doutor, formalidade acadêmica, não se constrói de forma individualizada, sendo fruto de uma soma coletiva, estrutura que só é possível pelo verbo compartilhar. Toda a caminhada realizada até o presente momento (sem fim, como já narrado) pode ser traduzida como um grande e efetivo “Conhecimento Compartilhado¹”, razão pela qual o merecimento não é exclusivo do portador do título, mas, de todos (transindividual) que, cada um a seu tempo e modo, contribuíram para esse feito. Nesse contexto, necessário agradecer o apoio recebido da IES em que milito (UNOESC), o que faço em nome dos dirigentes Dr. Aristides Cimadon (Magnífico Reitor), Msc. Genésio Téo (Presidente da FUNOESC e Vice-Reitor Campus de Xanxerê), Dr. Cláudio Luiz Orço (Diretor de Graduação Campus de Xanxerê), Dra. Marcella Maccari (Diretora de Pesquisa e Extensão Campus de Xanxerê), a Instituição que me acolheu (UNISINOS), na pessoa dos Professores Leonel Severo Rocha (Coordenador do PPGD), Wilson Engelman (Coordenador PPGD) e ao Professor Darci Guimarães Ribeiro (eterno amigo e orientador), aos amigos, incentivadores e colegas Dr. João Marcelo Lang e Dr. Paulo Roberto Ramos Alves, lembrando a importância do primeiro nos passos iniciais da vida acadêmica deste mortal, mais do que um amigo é um irmão. Agradeço, ainda, o apoio de sempre das Professoras Rosicler Fellipe Puerari, Karina Blanco Fernandes, Fernanda Oliveira e do Professor Marcelo Marció extensivo a figura de seu pai Sérgio João Marció (e família), este um grande entusiasta quando dos primeiros passos na vida profissional, bem como a significativa contribuição dos acadêmicos e colegas André Antônio Gracioli, Dr. Paulo Trindade dos Santos (um irmão do coração) e sua excelentíssima Srta Gabriela Moller, à todos vocês minha eterna gratidão!

¹ Nomenclatura utilizada nos Cursos de Extensão, idealizados pelo que subscreve a presente, na Universidade do Oeste do Estado de Santa Catarina (UNOESC– CAMPUS DE XANXERÊ), procedimento concretizado na referida instituição com o intuito de socializar resultados positivos de experiências profissionais e de pesquisas acadêmicas.

RESUMO

O presente estudo, objetivando aprofundar os elementos de pesquisa fruto da Dissertação, apresenta como objeto principal a compreensão/divergência entre os fundamentos/argumentos dos poderes constituídos, em especial pelo responsável quando da Entrega/Construção da Tutela Jurisdicional (do Estado), o que é feito com o intuito de compreender a legitimidade das decisões judiciais no Direito Pós-Moderno. Para tanto a Tese propugna a análise da evolução histórica, o que é feito com base nas contribuições da Ciência Política e da Filosofia Jurídica, instrumentos sociais importantíssimos na construção do que hoje resta concebido como Direito. É no caldo cultural fruto da e(in)volução dos elementos sociopolíticos vivenciados na Europa e América (Ocidente) que o estudo buscará compreender termos que são caros ao Direito, em especial à ideia de Democracia, procurando estabelecer os vínculos existentes entre esta forma de concepção de poder e a necessária efetivação, ou não, do direito, bem como a relação da democracia com a jurisdição. Diante do exposto, como recorte acadêmico, resta importante estabelecer o limite geográfico e temporal para o estudo proposto. Conforme narrado, o texto abordará a evolução apresentada na Europa (mais especificamente Inglaterra, França e Alemanha) e na América (Estados Unidos e Brasil), tendo como mote a compreensão da evolução democrática do direito atrelada a necessária reconstrução dos elementos que compreendem a Jurisdição Pós-Moderna. Conforme restará demonstrado no decorrer do trabalho, o intuito do estudo é apresentar/compreender a necessidade de uma reconfiguração democrática pela jurisdição, apresentando a decisão como um importante mecanismo de concretização de novos direitos, estes fruto de uma nova filosofia jurídica, na qual os cidadãos (deixando de ser um povo ícone/legitimador) restam esclarecidos de seu importante papel social, momento em que apresentam-se como reais partícipes do jogo democrático, jogo este não mais atrelado (única e exclusivamente) ao voto (democracia representativa), mas, sim, a efetiva participação em novos espaços (em especial o/a processo/jurisdição/decisão), colaborando com a construção de uma nova ciência política (democracia participativa) que propiciará um efetivo Estado Democrático de Direito pautado em elementos de extrema importância para esse novo contexto jurídico, dentre eles a efetiva e direta participação dos cidadãos, procedimento que deverá ser assegurado, em especial e dentre outros elementos que o estruturam, pelo contraditório e pela ampla defesa. Contudo, diante destes novos desafios apresentados, alguns pontos devem ser esclarecidos: Sendo a jurisdição um novo (e importante) local de participação democrática dos cidadãos (como partícipes de um jogo político e jurídico) como fica a separação/divisão dos poderes? A

legitimidade democrática, quando participativa, é do Legislador, do Judiciário, dos Juízes e/ou da Decisão? Trata-se de um poder vinculado, discricionário e/ou arbitrário? Nesse novo tabuleiro democrático, qual o papel/limite da Decisão?

Palavras-chave: Jurisdição. Democracia participativa. Estado pós-moderno. Ius. Decisão judicial.

ABSTRACT

The presente study, in order to deepen the Master Thesis research elements, presents as main objective the understanding / divergence between the foundations / arguments of the constituted powers, especially by the responsible one by the Delivery / Construction of Jurisdictional Protection (of the State), what is done in order to understand the legitimacy of judicial decisions in Postmodern Law. For this purpose, the Doctoral Dissertation sustains the analysis of historical evolution, which is done based on the contributions of Political Science and Legal Philosophy, very important social instruments in the construction of what is now conceived as Law. It is in the cultural mix of the e(in)volution of socio-political elements experienced in Europe and America (West) that the study will seek to understand terms which are dear to the Law, especially to the idea of Democracy, trying to establish the links between this form of conception of power and the necessary effectiveness, or not, of the Law, as well as the relation of democracy with the jurisdiction. In view of the foregoing, as academic clipping, it is important to establish the geographical and temporal limits for the proposed study. According as it was narrated, the text will address the evolution presented in Europe (more specifically England, France and Germany) and in America (United States and Brazil), having as motto the understanding of the democratic evolution of the law linked to the necessary reconstruction of the elements which embrace Postmodern Jurisdiction. As it will be demonstrated in the course of the work, the purpose of the study is to present / understand the need for a democratic reconfiguration by the jurisdiction, presenting the decision as an important mechanism for the realization of the new rights, this ones as the result of a new legal philosophy, in which citizens (no longer being an icon / legitimating people) remain enlightened of their important social role, at which point they present themselves as real participants in the democratic game, a game no longer linked (only and exclusively) to the vote (representative democracy), but to the effective participation in new spaces (especially the process / jurisdiction / decision), collaborating with the construction of a new political science (participatory democracy) which will provide an effective Democratic State Ruled by Law based on elements of extreme importance for this new legal context, among them the effective and direct participation of citizens, which must be ensured, especially and among other elements which structure it, by the contradictory and the ample defense. However, given these new challenges, some points should be clarified: Since jurisdiction is a new (and important) place for the democratic participation of citizens (as participants of a political and juridical game) how is the situation of separation / division of powers? Is the democratic

legitimacy, when participatory, of the Legislative, of the Judicial, of the Judges and / or of the Decision? Is it about a legally binding, discretionary and / or arbitrary power? In this new democratic board, what is the role / limit of the Decision?

Keywords: Jurisdiction. Participatory democracy. Postmodern state. Ius. Judicial decision.

RESUMEN

El presente estudio, objetivando la selección de los elementos de investigación del curso de disertación, presenta como objeto principal una comprensión / divergencia entre los fundamentos / las metas de los estados constituidos, en especial cuando es una fuente / construcción de la Tutela Jurisdiccional (del Estado), lo que se hace con el propósito de comprender la toma de decisiones judiciales en el Derecho Post-Moderno. La Tesis se propugna con el análisis del histórico de análisis, que se basa en la base de los requisitos de la política de las políticas y de la filosofía jurídica, instrumentos sociales importantísimos en la construcción de lo que hoy queda concebido como Derecho. Es en el caldo cultural fruto de la e (in)volución de los elementos sociopolíticos vivenciados en Europa y América (Occidente) que el estudio buscará comprender términos que son caros al Derecho, en especial a la idea de Democracia, buscando establecer los vínculos existentes entre esta forma de democracia, concepción de poder y la necesaria efectividad, o no, del derecho, así como la relación de la democracia con la jurisdicción. Ante lo expuesto, como recorte académico, queda por demás importante establecer el límite geográfico y temporal para el estudio propuesto. El texto abordará la evolución presentada en Europa (más específicamente Inglaterra, Francia y Alemania) y en América (Estados Unidos y Brasil), teniendo como mote la comprensión de la evolución democrática del derecho vinculada a la necesaria reconstrucción de los elementos que comprenden la Jurisdicción Post-Moderna. En el transcurso del trabajo, el propósito del estudio es presentar / comprender la necesidad de una reconfiguración democrática por la jurisdicción, presentando la decisión como un importante mecanismo de concreción de nuevos derechos, fruto de una nueva filosofía jurídica, en la que los ciudadanos (dejando de ser un pueblo ícono / legitimador) quedan esclarecidos de su importante papel social, momento en que se presentan como reales partícipes del juego democrático, juego este no más enganchado (única y exclusivamente) al voto (democracia representativa), pero, la participación efectiva en nuevos espacios (en particular el proceso / jurisdicción / decisión), colaborando con la construcción de una nueva ciencia política (democracia participativa) que propiciará un efectivo Estado Democrático de Derecho pautado en elementos de extrema importancia para ese nuevo contexto jurídico, entre ellos la efectiva y directa participación de los ciudadanos, procedimiento que se debe asegurar, en especial y entre otros elementos que lo estructuran, por el contradictorio y por la amplia defensa. Sin embargo, ante estos nuevos desafíos presentados, algunos puntos deben ser aclarados: ¿Es la jurisdicción un nuevo (e importante) lugar de participación democrática de los ciudadanos (como partícipes de un

juego político y jurídico) como queda la separación / división de los poderes? La legitimidad democrática, cuando participativa, es del Legislador, del Poder Judicial, de los Jueces y / o de la Decisión? Se trata de un poder vinculado, discrecional y / o arbitrario? En ese nuevo tablero democrático, ¿cuál es el papel / límite de la Decisión?

Palavras Chave: Jurisdicción. Participación de la participación. Estado post-moderno. Ius. Judiciales.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A PERMEABILIDADE DA DEMOCRACIA NO SISTEMA JURÍDICO: A RELEVÂNCIA DA HORIZONTALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA.....	22
2.1 Da Representatividade (Lex) no Estado Moderno: dos limites impostos pelo morfismo democrático vertical.....	26
2.2 Da Participação (Ius) no Estado Pós-Moderno: das possibilidades de uma democracia horizontal.....	52
2.2.1 Jurisdição Estruturante e as Vias de Possibilidade de uma Decisão Democrática.....	69
2.3 O Contexto Social e sua Relação com o Direito e com a Política: da permeabilidade democrática aos conflitos sociais	78
2.3.1 Da Ruptura entre a Conflitividade Dual e a Conflitividade Policêntrica: a democracia horizontal e sua permeabilidade jurisdicional	78
3 POR UMA REESTRUTURAÇÃO DAS FUNÇÕES E DA ORGANIZAÇÃO ESTATAL: UMA RELEITURA POLÍTICO E JURÍDICA DO ESTADO DE DIREITO.....	90
3.1 O Estado Legislador Demarcado pela Baliza Jurisdicional Legalista/Sistemático	92
3.1.1 A Construção da Epistemologia Jurídica Calcada na Vontade do Legislador/Sistema: o abstrativismo de uma suposta vontade democrática representativa	92
3.2 O Estado Jurisdicional e seu Protagonismo.....	115
3.2.1 A Construção da Epistemologia Jurídica Calcada na Vontade do Julgador: o subjetivismo pela vontade do julgador	115
3.3 O Estado Constitucional e os Reflexos Político-Jurídicos em suas Funções	128
3.3.1 A Absorção das Transformações Estatais: por um modelo de Estado ativo-responsivo	128
3.4 O Estado Pós-Moderno e os Reflexos Político-Jurídicos em suas Funções.....	151
3.4.1 O Protagonismo do Cidadão e o Resgate da Centralidade Política no Social: por uma democracia horizontal.....	152
4 DA TRANSFORMAÇÃO DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO FRENTE AOS MODELOS DE ESTADO.....	162
4.1 Da Jurisdição no Processo Moderno e suas Raízes Epistêmicas.....	166
4.1.1 Do Privatismo Processual.....	166
4.2 Da Jurisdição no Processo Constitucional e seus “Ismos” Processuais.....	182
4.2.1 Do Socialismo e do Publicismo Processual.....	182

4.3 Da Jurisdição no Processo Pós-Moderno: por um protagonismo horizontal das partes	204
4.3.1 Do Princípio Dispositivo e do Contraditório Constitucionalizados e a Decisão Policêntrica	204
4.3.2 A Confluência entre Os ismos e as Permeabilidades entre Público e Privado: por um neorevisionismo.....	243
5 INFLUÊNCIAS DA JURISDIÇÃO NO PROCESSO E A TEORIA DA DECISÃO COMPARTILHADA NO ESTADO PÓS-MODERNO.....	251
5.1 A Decisão Judicial como Ius Dicere e a Lex como Eficiência: prisão do julgador ao legalismo e a democracia vertical.....	253
5.2 A Decisão Judicial como Ius Facere e a Lex como Efetividade: a prisão ao subjetivismo do juiz e o acertamento de suas vontades valoradas.....	256
5.3 A Decisão Judicial como Auctoritas e o Ius como Eficácia Originada pela Democracia Horizontal	268
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	292
REFERÊNCIAS	299

1 INTRODUÇÃO

A presente Tese, pretendendo aprimorar pesquisas realizadas no Mestrado, buscará aprofundar o estudo explorado na dissertação, tendo como mote a (i)legitimidade democrática das decisões em âmbito judicial. O trabalho tem como *Tema* as e(in)voluções da Jurisdição em uma perspectiva transdisciplinar, sendo impossível tratar de Direito sem compreender os vínculos existentes entre democracia, ciência política, filosofia jurídica, processo e jurisdição. Conforme restará demonstrado no decorrer do estudo proposto, nos moldes do já alertado quando da Dissertação, a filosofia sociopolítica adotada quando da estruturação formal de um modelo de Estado dimensionará a filosofia jurídica a ser instituída no âmbito do Direito, não só no tocante ao reconhecimento de legitimidade (ou não) dos poderes constituídos quanto a criação e/ou aplicação do Direito, o que é feito ao ampliar ou restringir (dependendo do modelo de Estado e de filosofia jurídica adotados) as funções jurisdicionais quando da efetivação da democracia pelo processo. Para tanto, o *Tema* em comento restará *Delimitado* por um recorte acadêmico que abarcará, quanto ao objeto do estudo proposto, apenas o Ocidente, mais precisamente o caldo cultural apresentado na Europa (Inglaterra, França e Alemanha) e América (Estados Unidos da América e Brasil).²

O *Problema* a ser respondido pela pretensa *Tese* reside nas seguintes indagações: As Decisões Judiciais Centralizadoras (Verticais) possuem, por si só, legitimidade Democrática? As Decisões Policêntricas (Horizontais) propiciariam legitimidade democrática necessária para a constituição de novos direitos?

Tratando da *Hipótese* a Tese busca, como condição/possibilidade, compreender a legitimidade democrática-participativa pela Jurisdição, sendo este um importante canal de garantia/efetivação e/ou configuração/materialização de novos direitos. Nesse contexto, deixar-se-ia de questionar, como de praxe acontece, sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário e/ou dos Juízes na medida em que a Legitimidade seria construída/instituída não mais de forma vertical (Estado como único legitimado democrático), mas, sim, horizontal pelas partes no contexto fático fenomenológico de uma Decisão Policêntrica, esta como fruto da participação dos interessados no deslinde do feito (Jurisdição Compartilhada) que, fundamentada pelo resultado do objeto do debate processual (contraditório e ampla defesa), transformar-se-ia em um novo *locus*

² La filosofía política tiene aquí un papel importante que desempeñar, no para decidir el significado verdadero de nociones como justicia, igualdad o libertad, sino en proponer diferentes interpretaciones de esas nociones. De esa manera proporcionará lenguajes, diversos y siempre en competencia, en los cuales construir un espectro de identidades políticas, diferentes modos de concebir nuestro rol de ciudadanos, y visualizar e! tipo de comunidad política que deseamos constituir. CHANTALL, Moufe. **El retorno de lo político**. Buenos Aires: Paidós, 1999. p. 40.

de efetiva e eficaz participação democrática, deixando o povo de ser mero ícone e/ou legitimador, transformando-se (quicá) no verdadeiro e tão sonhado cidadão ativo que, consciente de sua função social, passa a exercer seu poder em público e com conhecimento. A Tese que movimentou o trabalho que vem sendo construído no presente texto defende, no tocante a legitimidade, a compreensão de que a decisão, diverso do fomentado pelos Estados Moderno e Constitucional, construída pelos novos atores sociais pelo/no processo democrático, resta legitimada pelos expedientes que foram redesenhados, no mundo jurídico, quando da promulgação do Novo Código de Processo Civil devendo a decisão (policêntrica) ser pautada no contraditório e na ampla defesa, um significativo elemento dialético que possibilita a necessária construção de soluções (jurisdição compartilhada) para conflitos sociais que restam “escanteados” pelos demais poderes constituídos.

Para tanto, apresenta-se como *Objetivo Geral* a necessária análise da e(in)volução histórica do Direito, procurando compreender os elementos de estruturação e os entraves jurídicos que ensejam (ou não) a famigerada legitimidade quanto a Entrega e/ou Construção de uma Tutela Jurisdicional, restando configurado, em cada capítulo da Tese, o evoluir dos *Objetivos Específicos* que, assim espera-se, permitirão o desvelar das informações que propiciarão a possível resposta do problema apresentado. É nesse contexto que, no primeiro capítulo, tratar-se-á das democracias, sendo importante registrar que a análise contemplará apenas e tão somente as democracias representativas dos Estados Moderno/Constitucional e a, pretensa, democracia participativa do Estado Pós-Moderno, não sendo objeto do estudo os modelos não democráticos e/ou democráticos que não restam compreendidos no período em comento. Assim, no tocante ao Estado Moderno, serão objeto de análise os elementos que configuraram as Democracias Liberal (Inglaterra) e Social (França), modelos que apresentam um apelo formal significativo, estrutura em que o voto seria o único mecanismo de participação política, confundindo a ideia de cidadania com a de alistamento eleitoral (nem todos podem participar), preocupados com forma e procedimento para legitimação do poder (governo dos homens). A Democracia Constitucional, do Segundo Pós-Guerra, muito embora tenha apresentado certa evolução quanto ao modelo de participação popular, ampliação do número de partícipes (“todos”) e os espaços de participação (plebiscito, referendo, iniciativa popular e audiências públicas) que impactaram no reconhecimento de direitos fundamentais, ainda resta engessado no que tange a ideia de forma e procedimento, muito embora o objetivo (agora) seja a legitimação da estrutura legal/constitucional, impactando em certa autonomia ao direito (governo das leis). Os modelos em questão apresentam em comum a manutenção da representatividade em que a legitimidade resta

assegurada apenas aos poderes constituídos e não aos cidadãos³, estes possuem tão somente a representatividade (voto) como modelo de expressão popular. Objetivando perpassar esse mecanismo fruto do Estado Moderno/Constitucional surge, no Direito Pós-Moderno, a compreensão da Democracia Participativa que, sem excluir a democracia representativa, apresenta-se como uma verdadeira mudança na forma de expressão popular, não sendo mais o voto o único mecanismo de participação. Para tanto, ganha relevo/protagonismo a participação cidadã pelo processo, em busca de uma Jurisdição Democrática. A Jurisdição, nesse contexto, resta reconfigurada em um novo espaço para a conquista/concretização dos novos direitos, momento em que a decisão ganha contornos diversos (*auctoritas*), propiciando a compreensão/construção do Direito pelo/no Processo, expediente que resta legitimado pelo contraditório que, perpassando as fazes formal e material, torna-se participativo.

Objetivando demonstrar o caminho percorrido pela democracia nos últimos 450 anos, período que compreende o nascimento do Estado Moderno e sua transição para os Estados Constitucional e Pós-Moderno e seus reflexos no Direito (impactos na estruturação da ciência política e jurídica do convívio em sociedade) o segundo capítulo contemplará os Modelos de Estado e a Filosofia Jurídica que permearam o Direito nesse período, o que será feito objetivando compreender a competência/legitimidade do Poder Judiciário em cada modelo de Estado vivenciado até o presente momento (*ius facere, ius dicere e/ou auctoritas!?*).

Entre os objetivos do estudo proposto, consta a pretensão de demonstrar que os Estados Absoluto, Liberal e Social, muito embora apenas os dois últimos sejam democráticos, apresentam em comum a ideia inicial do suposto império das leis, muito embora estas, conforme a vontade política dos legitimados (no Estado Absoluto pela renúncia de direitos e nos demais pela transferência de poderes), poderiam restar alteradas pela pretensa Razão Humana (tendo ela o significado que determinavam os detentores do poder). Contudo, independente das divergências políticas entre os modelos de Estado, surge outro ponto em comum, qual seja, a ideia de que o Judiciário, nesses modelos de Estado, não seria mais um órgão livre, mas, sim, um órgão do Estado e, como tal, perderia a autonomia para a criação (*ius facere e/ou auctoritas*) do direito. Nesse contexto (concentração do poder na figura distante e artificializada do Estado) quem cria o direito são os poderes constituídos pelo suposto Pacto Social (legitimados democráticos – sistema verticalizado). Nos dois últimos modelos estatais, essa função resta concentrada na figura de um Legislativo Forte (porém,

³ O termo “democracia” não deriva apenas etimologicamente de “povo”. Estados democráticos chamam-se “governos do povo” [“Volks Herrschaften”]; eles se justificam afirmando que em última instância o “povo” estaria governando [“Herrscht”].” MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 47.

ainda, não onipotente/onipresente) dando azo a corrente filosófica conhecida como Jusnaturalismo (sistema híbrido). A lei positivada, considerada como geral e abstrata, é alçada a elemento essencial no mundo do direito moderno a ponto de, na sequência, restar codificado (forma e procedimento) e ordenado dando azo ao juspositivismo (sistema interno) em busca de sua pretensa autonomia contribuindo, num próximo momento, para a constitucionalização dos direitos fundamentais (jusconstitucionalismo).

Assim, em nome da autonomia do Direito (exclusão de todo e qualquer elemento externo – moral, político, econômico, etc...), concebe-se a ideia de que uma vez estruturado o arcabouço jurídico (positivar, codificar e ordenar) é necessário que os poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) sejam separados no tocante a sua competência, momento em que o Judiciário, responsável pela Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, passa a ser concebido como um poder que deve ser imparcial e neutro (*ius dicere*), nascendo assim um modelo filosófico jurídico que, substituindo o jusnaturalismo, passa a ser concebido como juspositivismo. Seu nascedouro se deu com o que restou conhecido como positivismo exegetico, teoria em que o direito seria apenas o que restava materializado nos códigos pelo poder legislativo (legítimo/competente – direito=lei). Diante da abstrativização do direito e a pretensa neutralidade dos juízes (discrecionabilidade – *ius dicere*), esse momento histórico do direito restou marcado pela profunda preocupação formal desencadeando, na sequência, em outro modelo mais elaborado (positivismo normativo), procedimento que oportunizou a transição entre o direito fruto da Razão Humana para o Direito fruto da Vontade do Legislador/Juízes. Nesse novo contexto, muito embora a sonhada neutralidade do judiciário, resta importante esclarecer que sendo o direito vontade do legislador, este poderia, conforme o ordenamento, delegar funções, momento em que o judiciário deixando de ser apenas a “boca da lei” (juspositivismo exegetico) passa a criar regras (*lex*) desde que, pelo poder competente, lhe tenha sido delegada essa função (juspositivismo normativo). A constituição, nesta época uma carta política, muito embora seja concebida como o ápice normativo, era interpretada de forma técnico-formal restando facultado (muito embora não fosse esse o objetivo) ao juiz (que perpassando o silogismo movimenta-se agora pela pretensa motivação – solipsismo) a arbitrariedade quando da entrega da tutela jurisdicional, deixando assim de ser um mero “boca da lei”⁴ para, como ocorreu na Alemanha (período das jurisprudências e movimento do direito livre), transformar-se em um braço dos partidos políticos.

⁴ [...] reducir la función del juez a una simple actividad de hacer silogismos significa empobrecerla, hacerla estéril, disecarla. La justicia es algo mejor: es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante

Muito embora a proposta concebida pelo juspositivismo tenha permeado o mundo do direito, em especial na França (período das Codificações Napoleônicas) nem todos eram afetos a essa filosofia. Na Alemanha, a título de exemplo, os juristas e catedráticos da época compreendiam que o direito deveria ser concebido como ciência. Rechaçando a ideia de um direito positivado apresentavam o direito como sendo fruto da história. Contudo, assim como os positivistas, negavam aos juízes o direito de criar leis, deveriam eles apenas reconhecer o já estabelecido pela história, dando azo a teoria que passou a ser conhecida como historicismo jurídico que, na sequência, transformou-se em jurisprudência dos conceitos e interesses, teorias que (aos poucos) foram ampliando os poderes dos magistrados (*ius facere*) até desembocar no que restou conhecido como movimento do direito livre (teoria jusliberista) que, conforme restará demonstrado no decorrer do presente estudo, muito embora o judiciário tenha reconquistado o *ius facere* pecava pela ilegitimidade democrática (*acutorictas*). Assim, diante dos horrores vivenciados no período das grandes guerras, em especial na segunda guerra mundial, em contraponto ao vivenciado no período das jurisprudências, nasce um novo conceito de direito. Concebido no bojo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, surgem os Direitos Humanos que, quando assegurados na magna carta, restam concebidos como Fundamentais.

Para compreender essa nova fase jurídica (Novo Modelo de Estado fruto de uma Nova Filosofia Jurídica), ainda no segundo capítulo, será abordada a reestruturação constitucional, momento em que esse marco legislativo, deixando de ser uma mera carta política, passa ao *status* de instrumento jurídico, procedimento que só é possível diante de uma reeleitura democrática. A democracia, deixando de ser apenas formal, passa a ser substancial, ou seja, não se preocupa mais apenas com quem pode e como pode ser realizada a legislação (democracia representativa formal), mas também com o que pode, o que deve e o que não pode/deve ser regulado pelo Estado (democracia representativa substancial). Nesse contexto o poder constituinte originário deixa de ser ilimitado, uma vez que os direitos humanos (âmbito internacional) fundamentam os direitos que, em âmbito nacional, restarão constitucionalizados, os quais passam a ter o *status* de direitos fundamentais⁵. Como garantia dessa nova estrutura jurídica a democracia resta ampliada. Perpassando a compreensão

responsabilidad que es necesario apreciar e incrementar en el juez. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 80.

⁵ La relevancia asumida por los derechos fundamentales hace de ellos un elemento que implica un orden político e institucional, que sin embargo mantiene la capacidad de desarrollarse *iuxta propria principia*, delineando de esta manera, no *solo* el perímetro dentro del que pueden legítimamente actuar los diferentes sujetos, sino indicando además la dirección del legítimo cambio. RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014. p. 18.

moderna de separação dos poderes⁶, resta reconhecido pelas constituições, como é o caso da brasileira, que os três poderes devem ser harmônicos e independentes entre si (divisão de poderes). Esse novo constitucionalismo propicia a ampliação da democracia pelo processo, momento em que o Judiciário (um dos poderes constituídos), com alargamento de suas funções, passa a responsabilizar-se pela fiscalização e cumprimento da Constituição Federal (controle de constitucionalidade difuso/concentrado), contudo (nesse momento) o faz ainda em um contexto de democracia verticalizada.

Objetivando uma releitura Constitucional/Democrática o terceiro capítulo buscará demonstrar como a evolução da democracia participativa (fruto da constitucionalização pós-moderna), propicia(rá) a ampliação da jurisdição no/pelo processo, sendo ela a grande responsável pela implementação desse novo modelo democrático que, perpassando a representativa, dá azo a efetiva participação dos verdadeiros cidadãos em busca de novos direitos. Nesse momento evolutivo, necessário se faz compreender as novas funções da jurisdição que, superando o modelo abstrato (dispositivo formal – Estado Moderno) e valorativo (dispositivo substancial – Estado Constitucional), propugna uma reestruturação reconhecendo as partes como partícipes de um novo jogo democrático que, restringindo a ideia de decisão monocrática/vertical do juiz (reflexo individualizador de um judiciário tradicional/imparcial/neutro/vertical ou neconstitucional/parcial/valorativo/vertical), busca uma reconstrução processual (partes, ministério público e judiciário) pautada no contraditório e na ampla defesa como elementos de legitimação de um novo modelo de decisão (reflexo coletivo de um judiciário pós moderno/consciente de seu papel/responsabilidade social), razão pela qual o presente estudo deixará de tratar de legitimidade do judiciário e/ou dos juízes optando pelo termo legitimidade da decisão (*auctoritas legitimada pelo processo contraditório/democrático na construção participativa de uma decisão fundamentada em uma jurisdição compartilhada*), momento em que esta, deixando de ser apenas silogismo e/ou volitiva (filosofia da consciência/vertical), constitui-se em uma construção jurisdicional horizontalizada/democrática, procedimento que só será possível pela virada linguística pautada na hermenêutica filosófica concebida pela tradição (fática/fenomenológica), elementos que, conforme restará demonstrado, quiçá, poderão fundamentar a legitimidade democrática de uma decisão pós-moderna.

⁶ Pero 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, otorgan 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. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 69.

É com este jaez que resta estruturada a tese do presente estudo apresentada na parte final do trabalho, configurando o conteúdo descrito no quarto e último capítulo que tratará da influência da jurisdição no processo e na teoria de uma decisão policêntrica⁷. Neste tópico restarão questionados os limites da tese esboçada nos capítulos anteriores, uma vez que demonstrados os elementos que fundamentaram a constitucionalização dessa necessária evolução democrática (Estado Moderno/Constitucional/Pós-Moderno), permitindo a efetiva participação dos cidadãos no jogo democrático, o que é feito em espaços diversos dos apresentados pela democracia representativa (dentre eles, e em especial, o/a processo/jurisdição). Nesse contexto, restando ampliada a função jurisdicional, a decisão apresenta-se como ferramenta de concretização de promessas constitucionais não cumpridas e, em especial, de efetivação de novos direitos pelo processo, isso em virtude da falência/ineficácia/inefetividade dos demais poderes constituídos que, podendo concretizar os direitos reconhecidos como fundamentais deixam de fazê-lo, quedando-se inertes em um lodaçal de corrupção. É nesse triste cenário que a Democratização da Jurisdição apresenta-se como uma importante ferramenta que, quiçá, garantiria o sucesso/efetividade de um verdadeiro Estado Democrático de Direito sendo necessário, para tanto, discutir os limites/possibilidades dessa novo contexto jurisdicional. Quais os limites para uma decisão legítima? A democracia participativa, por si só, garante a legitimidade de toda e qualquer decisão judicial respaldada pelo contraditório e pela ampla defesa? A legitimidade da Tutela Jurisdicional está na Competência do Poder Judiciário, na Argumentação/Motivação do Juiz ou no Fundamento da Decisão?⁸

Essa preocupação resta *Justificada* uma vez que hoje, muito embora já positivadas as garantias constitucionais, a inércia do Executivo estaria propiciando o nascedouro de um judiciário protagonista que, avocando para si uma legitimidade verticalizada, estaria extrapolando os limites constitucionais que lhe são impostos. Assim, pautada por um modelo

⁷ Para melhor definir o conceito de decisão policêntrica, utiliza-se da definição realizada por Mariela Puga em sua tese de doutorado (PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 2013. 229 f. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013) somada a concepção apresentada por José Rodrigo Rodríguez (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Um novo ciclo autoritário**: para uma democracia multinormativa. Em: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos, n. 14. São Leopoldo: Karywa, 2018. p. 100-126). Nesse contexto, compreende-se por decisão policêntrica a decisão que *sai* do centro tradicional de produção jurídica vertical (centralizadora), hoje saturado pelo *solipsismo* (motivação/argumentação), em busca de uma decisão participativa horizontal (descentralizadora), momento em que as partes e o juiz, quando do objeto do debate processual, legitimam democraticamente (pela fundamentação) o resultado fruto do contraditório e da ampla defesa.

⁸ Não é possível construir uma teoria “completamente nova” do direito: em geral, são as teorias jurídicas revolucionárias que se apresentam, por razões políticas, como completamente novas; mas não é difícil desenterrar suas raízes históricas. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lambertini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX, p. 129.

democrático moderno que, mantendo uma compreensão democrática representativa, muito embora tenham perpassado a mera formalidade em busca da substancialidade, quando da criação do direito, ainda enaltecem o poder verticalizado do Estado Moderno, estrutura em que, agora não apenas o Legislativo como (também) o judiciário estaria autorizado (*ius facere*) a construir novas realidades (artificializadas pela generalização abstrada) sociais, mantendo assim o povo equidistante da verdadeira função democrática, estagnando-o em sua qualidade de mero ícone e/ou legitimador. Nesse contexto, para o desiderato proposto, resta importante diferenciar a *LEX* do *IUS*, pois o *IUS*, pautada em princípios propiciaria a necessária construção democrática de soluções fundamentadas em contextos práticos de uma sociedade complexa, expediente só possível pela via da hermenêutica jurídica de cunho filosófico.

Assim, perpassando a tendência antifilosófica na Ciência do Direito, buscar-se-á superar a visão Moderna e Constitucional (formal) da *lex*⁹ pelo olhar hermenêutico filosófico da ciência política em um novo *locus* para o exercício democrático participativo (objeto do debate processual como nova *ágora*) o que será feito objetivando a construção do *ius*¹⁰ como um resultado policêntrico de uma jurisdição compartilhada.

Para o estudo em comento a *metodologia* a ser utilizada será a Hermenêutica Filosófica/Fenomenológica que tem na reflexão a busca pela pré-compreensão, classificada como momento pré-filosófico, que antecede à experiência, utilizando-se, para tanto, da reflexão com base no jogo Gadameriano que, pela facticidade e fenomenologia, evitará os subjetivismos, o que será feito ao compreender a interpretação como linguagem que expõe o ser para a existência no mundo (*práxis*). Nesse contexto, buscar-se-á o caminho proporcionado pela Jurisdição em um novo modelo de Decisão (policêntrica) propiciada pelas alvissareiras previsões do Novo Código de Processo Civil, sistemática fruto da dinamicidade

⁹ La ley, en su carácter absoluto, puede ser el mandato arbitrario que construye y refuerza sistemas de dominio incontrolado y que priva de los derechos elementales (incluso el derecho a la vida) a los individuos y a los grupos, pero puede ser instrumento de liberación, defensa y difusión de los derechos, igualdad entre los seres humanos. El *ius*, por su parte, en su ciega existencialidad, puede servir para activar fuerzas brutales en nombre de valores irracionales y puramente emotivos; pero, por el contrario, remitiéndose a patrimonios de principios civiles interiorizados en el curso de la historia de un pueblo, puede ser factor de estabilización de la ley y garantía frente a sus abusos. Se precisa prudencia. Toda apelación a la indiscutibilidad de la *lex* y a la sacralidad del *ius* debe ponernos siempre en alerta. Entre Antígona y Creonte no deberíamos elegir nunca *a priori*. Deberíamos mantener la autonomía de nuestro juicio y suspenderlo hasta que no se haya visto qué es lo que contienen sus preceptos. ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley, el derecho y la constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.l.], ano 24, n. 72, p. 21, Sept./Dic. 2004.

¹⁰ Antígona nos advierte aún: sin *ius*, la *lex* se convierte en arbitraria y, al mismo tiempo, en tiránica. El reto del constitucionalismo está en su totalidad aquí: en la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*; fuera de formalismos, en la capacidad de salir del área del poder y de las frías palabras de un texto escrito para dejarse atraer a la esfera vital de las convicciones y de las ideas queridas, sin las cuales no se puede vivir y a las que se adhiere con calor. ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley, el derecho y la constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.l.], ano 24, n. 72, p. 22, Sept./Dic. 2004.

do (constante) movimento do círculo hermenêutico, expediente em que a compreensão, a interpretação e a aplicação não poderão ser cindidos. Assim, para o desvelamento do conflito, utilizar-se-á a via filosófica, apresentando uma Jurisdição Compartilhada pela Dialética¹¹ enaltecendo, para tanto, o Diálogo (descentralização do poder), transformando a jurisdição em um *jogo democrático participativo/horizontalizado*, jogo este responsável por desvelar os problemas sociais apresentados em juízo, local em que os contextos (contraditório e ampla defesa) produzem/apresentam/desvelam os significados históricos a cada Ser e que, por vezes, são dialogalmente contrapostos tendendo a se chocar.¹²

¹¹ A dialética usada para o trabalho volta-se à dialética do diálogo constituída no jogo linguístico entre as partes envolvidas no processo, perpassando uma reflexão de caráter universal, superando de um lado Hegel em sua dialética que apresenta caráter totalitário e de outro a dialética comunicacional Habermasiana que é construída pela comunicação junto ao consenso.

¹² “Toda 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, 1994. p. 483.

2 A PERMEABILIDADE DA DEMOCRACIA NO SISTEMA JURÍDICO: A RELEVÂNCIA DA HORIZONTALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

[...] o direito é processual por natureza [...] a questão pertinente não é saber se o direito é processual ou não, mas antes saber que versão do modelo processual nos parece mais fiel aos ideais de emancipação que continuam a animar o projeto democrático [...] a participação dos cidadãos revelar-se-á uma reinvenção bem vinda das instituições democráticas. François Ost

Tratar de democracia¹³ no Brasil é um tema “espinhoso”, em especial na atualidade onde todos (indistintamente) assenhoram-se deste termo para justificar sua sede pelo poder¹⁴. De início resta importante esclarecer que o objetivo das linhas seguintes não é esgotar o tema¹⁵, nem tampouco resgatar as origens do termo em comento. O estudo objetiva construir elementos que possibilitem a estruturação de uma teoria¹⁶ que permita, perpassando a democracia representativa, compreender a (i)legitimidade das decisões pós-modernas que concretizam/efetivam políticas públicas¹⁷, o que será feito realizando comparativos entre as evoluções inerentes aos modelos estatais, constitucionais e democráticos existentes até o presente momento. Assim, analisada a evolução constitucional bem como a origem e desdobramentos do termo democracia, em especial no que tange a democracia constitucional,

¹³ A palavra democracia, segundo esclarece HOUAIS, deriva do grego “*demokratía*, de *demos* ‘povo’ + *Kratía*, ‘força, poder’ (do v. gr. *Kratéo* ‘ser forte, poderoso’)”, *Dicionário eletrônico da língua portuguesa*, ed. Objetiva, 2002. A primeira referência a esta palavra está em TUCÍDIDES (455-398), colida na oração fúnebre de Péricles aos atenienses mortos na guerra do Peloponeso: “Tenemos um régimen político que no emula las leys de otros pueblos, y más que imitadores de los demás, somos un modelo a seguir. Su nombre, debido a que el gobierno no depende de unos pocos sino de la mayoría, es democracia. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

¹⁴ As definições de democracia, como todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que apresenta a democracia como o “poder em público”. Uso essa expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões as claras e permitem que os governados “vejam” como e onde as tomam [...] A condição preliminar para o bom funcionamento de um regime democrático, parece afirmar Péricles, é o interesse dos cidadãos pela coisa pública e o bom conhecimento que deriva desse interesse. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 386 e 417.

¹⁵ Já se vê quando vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber tudo. O saber de realidade, quanto mais real, mais desconfia, assim do que vai apreendendo, como do que elabora. BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 44.

¹⁶ Nada é mais importante, portanto, que não seguir como ovelhas o rebanho dos que nos precederam, indo assim não onde querem que se vá, sendo onde se deseja ir [...] Moremos seguindo o exemplo dos demais. A saída é nos separarmos da massa e ficarmos a salvo. SÊNECA, Lucio Anneo. **Da felicidade, seguido de, da vida retirada**. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 8.

¹⁷ Toda a gente sabe, contudo, que qualquer texto escrito se interpreta e com as interpretações são criadoras. A teoria da linguagem mostrou a inevitabilidade da interpretação; a teoria do direito constatou o caráter normativo da produção jurisprudencial. Se se tornou claro que o juiz não se limita a repetir uma norma preexistente mas contribui para a configurar (por vezes adaptando-a, por vezes criando-a), então volta a por-se o problema da retroatividade. Certamente se o juiz pudesse dissociar a resolução do caso particular da base de regra “antiga”, e a formulação de uma regra jurídica “nova” que lhe parecesse melhor, a questão não se colocaria. OST, François. **O tempo do direito**; Tradução de Maria Fernanda Oliveira; Direitos para a Língua Portuguesa Instituto Piaget. Éditions Odile Jacob, 1999. p. 191.

o estudo buscará compreender¹⁸ o ciclo “evolutivo” que tem propiciado a realidade pós-moderna, tendo como mote, conforme já narrado, o deslinde da jurisdição e do processo democráticos¹⁹. Para tanto, o próximo tópico abordará os pensamentos que têm fundamentado a existência da pretensa legitimidade democrática horizontal²⁰/participativa (a ser discutida em momento oportuno) das decisões fruto de um(a) processo/jurisdição²¹ respaldada pelo contraditório constitucionalizado.

Como recorte teórico a tese abordará, como já narrado, a democracia a partir do Estado Moderno, sendo este um dos marcos do que hoje resta reconhecido como democracia representativa. Para tanto serão apresentadas, como cadeia evolutiva, as configurações democráticas dos Estados Moderno, Constitucional e Pós-moderno. Muito embora os elementos que estruturam o nascedouro do primeiro deles (Estado Moderno) não apresente requisitos de um regime democrático (Estado Absoluto), é nele que restam constituídas as bases para compreensão da separação dos poderes mesmo que, em um primeiro momento, trate mais da pretensa cisão entre poder Divino e Humano.

O estudo em comento resta justificado pelo fato de o nascedouro do termo “democracia representativa” (Estado Moderno) ter extremada relevância para compreensão da estrutura e limite do que restará apresentado (Estado Pós-Moderno) como sendo um modelo de decisão policêntrica. Mesmo não sendo objeto do estudo proposto necessário se faz, para compreensão das terminologias em comento, um brevíssimo relato sobre o tema, o que é feito apenas no sentido de estabelecer semelhanças e divergências entre a democracia antiga (direta) e a moderna (representativa), procedimento que objetiva apenas conhecer as contribuições/impactos dessa pretensa evolução democrática (vertical à horizontal) nos modelos de Estado, de Governo e de Sociedades pós-modernas.

¹⁸ No fundo, apenas os pensamentos próprios são verdadeiros e têm vida, pois somente eles são entendidos de modo autêntico e completo. Pensamentos alheios, lidos, são como as sobras da refeição de outra pessoa, ou como roupas deixadas por um hóspede na casa. SHOPENHAUUER, Arthur. **Arte de escrever**. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 41.

¹⁹ A nova teoria da democracia – que também poderíamos designar por teoria democrática pós-moderna para significar sua ruptura com a teoria democrática liberal – tem, pois, por objetivo alargar e aprofundar o campo político em todos os espaços estruturais da interação social. No processo, o próprio espaço político liberal, o espaço da cidadania, sofre uma transformação profunda. SANTOS, Boaventura Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1994. p. 276.

²⁰ Para um aprofundamento sobre o tema “horizontalização da democracia”, ver: ROUSSEAU, Dominique. Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel. **Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel**, [S.l.], n. 57, p. 9-12, 2017/4; ROUSSEAU, Dominique. La construction constitutionnelle de l’identité des sociétés plurielles. **Confluences Méditerranée**, [S.l.], n. 73, p. 31-36, 2010/2.

²¹ [...] O primeiro texto deste capítulo é fundamental para uma adequada pré-compreensão dos demais, pois é a partir dele que tento explicar o surgimento dos conflitos de interesses em sociedade e suas formas de composição, sempre na perspectiva da teoria monista do ordenamento jurídico, no qual o processo passa a ser o instrumento através do qual o juiz efetivamente cria direitos subjetivos RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

Ao analisar o termo *demos*²² que para os antigos estava atrelado ao próprio exercício do poder pelo *demos*²³ e para os modernos corresponde ao poder dos representantes do *demos*, já é perceptível uma das grandes diversidades existentes entre os modelos democráticos (antigo/moderno). Muito embora essa seja uma importante diferença, não é a única. As inúmeras transformações ocorridas no contexto sociopolítico fomentaram não só a complexidade dos relacionamentos como ensejaram a migração da ideia construtiva de um sistema jurídico dual para um sistema jurídico policêntrico. Nesse contexto, até o termo cidadão²⁴ passou a ter significado muito diverso do vivenciado em sua origem²⁵. Assim, pretendendo compreender a “evolução” do sistema democrático, buscar-se-á estudar a complexa transformação vivenciada, em especial a instituição do que passou a ser reconhecido como sociedade civil e sua contribuição para o sistema democrático representativo, sendo este um modelo que resta, na atualidade, questionado a ponto de ser discutida a necessidade/possibilidade/viabilidade de uma democracia mais participativa (emancipação cidadã). Esse tema, conforme demonstram os clássicos, não é novo, em especial no tocante às divergências a ele inerentes, como é o caso de Aristóteles que, tratando da democracia a compreendia como uma forma de mau governo popular²⁶, em especial, pela configuração da época (participação direta do povo). Contudo, comparando-a com a oligarquia e com a tirania, ainda assim a compreendia como a mais

²² Se depois o termo *demos*, entendido genericamente como a “comunidade dos cidadãos”, fosse definido dos mais diferentes modos, ora como os mais, os muitos, a massa, os pobres em oposição aos ricos, e portanto se democracia fosse definida ora como o poder dos mais ou dos muitos, ora como o poder do povo ou da massa ou dos pobres, não modifica em nada o fato de que o poder do povo, dos mais, dos muitos, da massa ou dos pobres não era aquele de eleger quem deveria decidir por eles, mas de decidir eles mesmos [...]. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000. p. 372.

²³ No entanto a questão é bastante simples, de acordo com a definição que acabamos de dar, cidadão é aquele que participa do governo. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 115.

²⁴ O conceito de cidadãos entre os romanos não era diferente se comparado aos dos gregos: o *ius suffragii* não era o direito de eleger um candidato como concebemos hoje, quando se fala em extensão do sufrágio, do sufrágio feminino, do sufrágio universal, mas era o direito de votar nos comícios. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000. p. 373.

²⁵ Essas são condições sem as quais uma Cidade não pode existir, mas todas essas condições juntas ainda não constituem uma Cidade, a qual é uma comunidade das famílias e agregados que se unem para viver melhor, com o objetivo de uma vida perfeita e auto-suficiente. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 128.

²⁶ Aristóteles não fica atrás: na distinção entre formas de governo boas e formas de governo más, o termo democracia serve para designar o mau governo popular. Lá onde descreve o povo como prisioneiro dos demagogos, seus adutores e corruptores, a democracia aparece como governo em nada melhor do que o governo tirânico. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000. p. 375.

tolerável²⁷. Platão, por sua vez, referia-se à democracia como a mais bela das formas de governo²⁸.

Nesse contexto, para início da discussão democrática objeto da proposta de Tese, o primeiro capítulo, deixando de aprofundar-se quanto aos elementos estruturais da Democracia Antiga, analisará a democracia no bojo dos períodos Moderno, Constitucional e Pós-Moderno, objetivando tratar de modelos democráticos que, muito embora não colidentes, apresentam características próprias. A Democracia Participativa, conforme restará demonstrado, propugna perpassar a Democracia Representativa sem, contudo, descartá-la. Diante dos inúmeros estudos quanto a temática em questão, muitas são as divergências quanto aos desdobramentos do termo em comento razão pela qual, no decorrer dos próximos tópicos, buscar-se-á esclarecer as divergências terminológicas, explicitando o que se compreende por democracia representativa formal (Estado Moderno) e democracia representativa substancial (Estado Constitucional) e democracia participativa (Estado Pós-Moderno), distinções que (assim espera-se) demonstrarão a importância/legitimidade de um caminho jurisdicional que oportunizará a construção de uma decisão policêntrica.

Diante do exposto, inicialmente restarão abordadas as características do Estado Moderno, nas modalidades de Estado Absoluto, Liberal e Social e a reestruturação democrática que fomentou a instituição de um Estado Constitucional para, na sequência, restarem compreendidas as alterações propugnadas pelo dito Estado Pós-Moderno. Inobstante as distinções inerentes a cada modelo de Estado, o eixo que os une diz respeito a concepção de estruturas em que a construção do Direito e os reflexos dessa nova forma de conceber o convívio social, passam a ser centralizados na figura do que resta reconhecido pelos termos Soberano/Soberania. Conforme restará demonstrado no decorrer do presente estudo as terminologias em comento ganharão relevância quando da distinção entre democracia representativa (moderna e constitucional/verticalizada) e participativa (pós-moderna/horizontalizada), tema que será abordado, de forma mais específica, em momento oportuno.

Assim, nessa nova configuração social fruto da teoria construtualista, as Leis²⁹ Civis pautadas na razão passam a nortear convivência humana. Para tanto, o Estado centraliza

²⁷ Existem quatro tipos de democracia. A pior, a democracia extremada, é aquela na qual todos os cargos são acessíveis a todas as pessoas, e a vontade do povo é soberana sobre todas as leis [...]”. “Assim, a tirania, sendo o pior dos governos, é necessariamente a forma mais afastada da forma bem constituída; a seguir vem a oligarquia, e por último a democracia, que é o mais tolerável dos três desvios. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 42 e 149.

²⁸ Tal constituição é muito capaz de ser a mais belas das constituições [...] tal como as crianças e as mulheres, muitas pessoas julgam esta forma de governo a mais bela. PLATÃO. **República**. 2. ed. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Edufpa, 1988. p. 254.

poderes (Soberano³⁰), legitimando-se como o grande (único) responsável não só por confeccioná-las como, também, aplicá-las quando do caso em concreto (heterotutela), retirando a autonomia das partes (Soberania) para resolução de seus próprios problemas (autotutela) nascendo, assim, a famigerada democracia representativa (verticalizada). Esse procedimento propiciou a transição do estado de natureza (sobrevivência) para um pretense estado civil/artificial (convivência) fruto de uma ficção social (idealizado). Pela positivação do direito o Estado, concentrando poderes, responsabiliza-se pelo ditames jurídicos eis que, supostamente legitimado pelo fictício pacto social, assenhora-se da função jurisdicional invocando competência exclusiva quando da edição e concretização das leis. Estas (agora) devem ser previamente instituídas por ele³¹ (Entrega Verticalizada de uma Tutela Estatal).

2.1 Da Representatividade (Lex) no Estado Moderno: dos limites impostos pelo morfismo democrático vertical

Muito se discute sobre a configuração terminológica do que hoje resta conhecido pela figura do Estado, sendo importante para o estudo proposto esclarecer que, conforme já explicitado quando do introito, analisar-se-ão as contribuições apresentadas pelo caldo de cultura dos povos europeus (Inglaterra, França e Alemanha), bem como os reflexos, na América, desses modelos de Estado que permearam o Ocidente³². Para compreender esse processo e os protagonismos a ele inerentes, resta necessário passar pelos sistemas de Estados

²⁹ E é também o fundamento da distinção entre os conceitos de *ius* e *lex*. O primeiro é o direito criado pelos juristas como resultado das soluções obtidas quando das controvérsias ou conflitos de interesses, em suas diversas modalidades [...] A *lex* representa, com efeito, o instrumento de que se vale a autoridade constituída para dotar de força compulsiva o *ius*. BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 10. (Coleção Ajuris, 5) (grifo do autor).

³⁰ As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei [...] Legislador é aquele que faz a lei [...] o único legislador passa a ser o soberano [...] o soberano de um Estado, seja ele uma assembléia, seja um homem, não está sujeito às leis. HOBBS, Thomas. **Do contrato social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213.

³¹ Com exceção da lei natural, as demais devem ser transmitidas oralmente, por escrito ou mediante outro ato emanado da autoridade soberana a todos que são obrigados a lhe obedecer. Isso porque a vontade de alguém só pode ser entendida por intermédio de suas palavras ou atos ou, ainda, por uma conjectura feita com base em seus objetivos e propósitos, os quais devem sempre ser considerados, na pessoa do Estado, em harmonia com a equidade e a razão. HOBBS, Thomas. **Do contrato social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 218.

³² A partir dessa leitura dos fatos, o Estado Moderno somente pode vir a ser entendido quando a defesa dos interesses particulares e a independência das potências locais frente aos demais poderes tornou-se pauta central do pensamento político, i.e., quando os primeiros esboços de um nacionalismo foram sentidos na obra de um autor como Maquiavel. TEIXEIRA, Anderson Vichneski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: Unisinos, 2012.

absolutistas, liberais e sociais, responsáveis pela pretensão de legalidade³³ que, pela construção de um Estado Democrático e de Direito³⁴, desaguará no Estado Constitucional³⁵. As crises vivenciadas em cada momento histórico propiciaram as transições sociais, políticas e jurídicas da humanidade, tendo como início a instituição do Estado Absoluto³⁶.

Nesse contexto, a construção estatal vivenciada na Europa é fruto, dente outros fatores, da burocratização, apresentando significativas mudanças quanto a estrutura do poder. Com a configuração do Estado Moderno³⁷ o direito passa a ser produzido pela Razão Humana (laicidade), concentrando todo o poder, como já narrado, na figura do Estado.³⁸ O direito,

³³ El paradigma liberal mantiene una comprensión individualista de la sociedad, en la que ésta se entiende formada únicamente por individuos. La sociedad y el Estado se conciben como sistemas enfrentados y opuestos. Por otra parte, el Estado debe limitarse a garantizar unas condiciones mínimas de libertad y de seguridad, sin intervenir en el funcionamiento espontáneo de la sociedad que tiene lugar a través del mecanismo del mercado. De este modo, se considera que la sociedad, por sí sola, dará lugar al mejor de los órdenes posibles. La libertad es el valor más importante. En última instancia, se trata de «proteger a la sociedad del Estado», de limitar la actuación de éste, lo que se consigue a través de mecanismos jurídicos como el principio de legalidad, las declaraciones de derechos y la separación de poderes. La idea de justicia liberal se reduce a la igual distribución de derechos, sin tener en cuenta las diferentes condiciones materiales de las personas. En mi opinión, en el fondo del paradigma liberal se encuentra la garantía de la libertad y – sobre todo– de la propiedad privada. 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*, Madrid, n. 9, 235-234, 2003.

³⁴ Ver: AVIGNY, Friedrich Carl. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

³⁵ O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 39.

³⁶ O Estado absoluto se caracterizou pela tendência do monopólio do poder político e da força por parte de uma instância superior que se reconhece como autoridade. É o Rei. Pelo Absolutismo, o governo detinha poderes absolutos. Neste período – do Estado absoluto – surgiu exatamente a figura deste ente como poder de decisão de última instância, com o poder de fazer e desfazer – o Estado. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998. p. 29, 32-33.

³⁷ O direito moderno baseia-se na narrativa fundadora da passagem do estado de natureza ao estado civil. “Abandonemos o estado de natureza, fonte de insegurança permanente, dizia-se. Confiemos, multipliquemos os nossos elos, troquemos as nossas promessas. Dotemo-nos de instituições e façamos um pacto com aqueles que serão responsáveis por elas; a nossa obediência contra a sua conformidade aos princípios fundadores. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira; Direitos para a Língua Portuguesa Instituto Piaget, Éditions Odile Jacob, 1999. p. 375.

³⁸ La 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 amministrative³⁴. 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 magistratura³⁵. 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 Stati³⁶, 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,

deixando de ser declarado com base na metafísica (divindade), agora é fruto da vontade do Estado Absoluto (despótico) que, detentor do poder soberano³⁹, passa a usufruir do monopólio da força⁴⁰. Este é o pensamento do inglês Thomas Hobbes, um dos grandes jusfilósofos

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 ricasazione³⁷. 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, 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 napoleonica⁴¹, 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. PICARDI, Nicola. La crisi del monopolio statale. **Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche**, [S.l.], p. 51-55, 2/2011.

³⁹ O titular dessa pessoa chama-se soberano, e dizemos que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos [...] Isso significa muito mais do que consentimento ou concórdia, pois é uma unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembléa de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também do teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado. HOBBS, Thomas. **Do contrato social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 140.

⁴⁰ A partir disso, fica evidenciado que o Direito encontra-se limitado à vontade estatal, pois cabe ao Estado determinar as condutas a serem observadas pela sociedade. Este monopólio é justificado pela necessidade de manutenção da concórdia social que seria ameaçada se houvesse outro poder com as mesmas possibilidades.

responsáveis pela batalha em busca da positivação do direito, o que fez com base na razão humana direcionada pela vontade do soberano⁴¹. O autor, defendendo o poder ilimitado do Estado, apresentava como único direito “assegurado” aos súditos a preocupação com a vida, direito este permeado pelas limitações inerentes ao convívio social da época. Assim o rei, em um contexto absolutista impactado pela nova estrutura social propagada pelos avanços científicos, passa a adotar a mesma racionalidade oriunda da revolução científica (novas técnicas) para resolução dos problemas sociais enfrentados, isso em um período de expansão e crescimento econômico/demográfico fruto dos conflitos vivenciados pela Europa.

Hobbes, com sua teoria contratualista, institui as bases constitutivas do Estado Moderno, o que fez apresentando uma nova visão para a estrutura deste ente fictício (antropocentrismo), dando azo ao que passou a ser conhecido como Racionalismo Jurídico. Procurando cindir Igreja e o Estado⁴², o fundamento do poder deixa de ser divino para centrar-se no pretense acordo de vontades⁴³ em busca da suposta paz social, evitando o estado de natureza que, para o referido autor, representava um estado de guerra de todos contra todos (homem lobo do próprio homem). Para tanto os súditos deveriam, abrindo mão de seus direitos em benefício do Rei, cumprir os pactos⁴⁴ sob pena de coerção do Soberano.⁴⁵

Nasce, desta forma, o chamado “*direito do Estado*”, que configura um direito de soberania, visualizado sob o ângulo dos sujeitos, como um “*dever de todo indivíduo acatar as ordens emanadas da instância estatal*”. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 32.

⁴¹ 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 mandamento do soberano; com o que se confundiu o poder de ditar ordens com a capacidade para criar direito. BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 10. (Coleção Ajuris, n. 5).

⁴² Para Hobbes, não se deve mais misturar o domínio da fé com o da filosofia, que é construída com a razão. A filosofia política de Hobbes é exclusivamente profana, pelo menos na medida em que nosso autor permanece fiel a seus princípios, o que nem sempre acontece. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 683.

⁴³ Da mesma forma como os homens, almejando conseguir a paz, e por meio dela a sua própria conservação, criaram um homem artificial chamado Estado, criaram, também, cárceres artificiais, chamadas leis civis, que, mediante pactos mútuos, os mantêm presos, por uma das extremidades, ao homem ou à assembléia a quem confiaram o poder soberano e, por outra, a seus próprios ouvidos. HOBBS, Thomas. **Do contrato social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 171.

⁴⁴ Fora essa razão do pacto. Fora esse cálculo racional, interesseiro, do indivíduo, que o determinara a concluir o contrato social: fazer valer seu direito natural. Como um agente publicitário, Hobbes empenha-se em fazê-lo compreender os benefícios do negócio, em provar-lhe que este, ademais, é isento de riscos. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 716.

⁴⁵ A doutrina do Estado Absoluto, proposta por Hobbes, onde as leis são produtos, na da *razão*, mas da *vontade* do soberano, de modo que estes mandatos sejam os exclusivos critérios do *justo* e do *injusto*, foi a primeira condição para que a função judicial se conservasse limitada à pura declaração e aplicação das leis, sem que aos magistrados fosse reconhecido, sequer, o poder de interpretá-las, como depois ocorreu, no início do século XIX, na França. SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 74.

Na França, por sua vez, deixando de lado o mito da guerra civil de cunho religioso, o Estado absoluto, objetivando respostas ao problema da paz interna e internacional, passa a diferenciar as funções tradicionais de governo, portanto o executivo se reforça para exercer as novas funções e, não conseguindo, passa a realizar “concessões” ao setor privado. Diante desse novo quadro o rei multiplica as concessões, oportunizando venda e hereditariedade dos cargos, o que faz em busca de fundos⁴⁶, sistemática que constituiu um potente freio ao poder da monarquia.⁴⁷ Nesse contexto em que a ideia de burocracia ganha relevo, restam rompidos os métodos medievais e a função política, não mais a serviço do rei, passa a ser pública e a serviço da nação substituindo-se a concepção de soberano, em que o poder resta personificado na figura/pessoa do rei, por soberania, um modelo de poder institucionalizado na figura do parlamento⁴⁸.

⁴⁶ Loyseau escribe en El Tratado *Des offices* (1609) que “El oficio es una dignidad, con función ordinaria del Estado”, y este beneficio ya al final del siglo XV comenzaba a venderse: son, cargos “venales” que, en el siglo XVI, se multiplican artificialmente cuando el Rey necesita fondos. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 32.

⁴⁷ El absolutismo monárquico de los siglos XVI y XVII se alimentó de estas y otras teorías naturalistas similares que, obviamente, llevaban consigo la idea, o la ideología, del valor absoluto de la ley. Pero todavía en la época de la revolución de 1789, la lucha del soberano por imponer el dominio de su ley en todo el reino estaba lejos de estar concluida. El conflicto que opuso hasta el último momento al rey y a los Parlamentos (los parlamentos de entonces) era el residuo de la vieja y tenaz oposición entre leyes nuevas del rey y antiguas estructuras feudales francesas. Los Parlamentos del Antiguo Régimen, órganos político-judiciales, eran una especie de justicia constitucional de control sobre los actos generales del rey, en nombre de la tradición. Por su parte, la *noblesse de robe* intentó en diversas circunstancias imponer una especie de despotismo oligárquico, dirigido hacia el pasado, frente al despotismo legal del rey, dirigido hacia el futuro. Su política, a menudo corrupta, de miope obstrucción a las innovaciones y de beata defensa de los privilegios, fue objeto de feroz crítica por parte de los *philosophes* (el *Tratado sobre la tolerancia* de Voltaire trae causa de la condena capital del mercader hugonote Jean Calas, pronunciada por el Parlamento de Toulouse) y fue uno de los motivos, no de los últimos, desencadenantes de los sucesos de 1789. *Twis sont lesfléaux de la Provence: Le Mistral, le Parlement et la Durance*, decía un proverbio, popular en Aix-en-Provence. La revolución en Francia cierra el ciclo, abierto con la derrota inicial de Antígona. El derecho se ha convertido sólo en ley y la ley sólo en poder. Poder justificado racionalmente, alguna vez; pero siempre poder, ante el cual sólo hay subditos. Un poder, incluso, tanto más absoluto cuanto más (se pretende) racional. Con la ideología rousseauiana de la ley como voluntad general, Creonte, y con él el absolutismo en el derecho, han vencido su batalla. La revolución ha alcanzado efectivamente el resultado que estaba en el proyecto monárquico, no realizado totalmente aún en tres siglos de batallas contra los particularismos. Es lo que escribía secretamente Mirabeau a Luis XVI, un año después de los primeros hechos revolucionarios, para animarlo a no presentar obstáculos: «Comparad el nuevo estado de las cosas con el antiguo régimen; de esta comparación nacen el consuelo y la esperanza. Una parte de los actos de la Asamblea Nacional, y es la mayor parte, es claramente favorable a un gobierno monárquico. ¿Os parece poca cosa estar sin Parlamentos, sin cuerpos separados, sin los órdenes del clero, de la nobleza, de los privilegiados? La idea de formar una sola clase de ciudadanos habría gustado a Richelieu: esta superficie toda igual facilita el ejercicio del poder. Un buen número de períodos de gobierno absoluto no habrían hecho tanto para la autoridad regia como este único año de revolución». La historia tomó un camino diferente, a favor no del rey sino del pueblo y de sus agitadores. Pero, en cuanto a la ley, la intuición de Mirabeau fue exacta: la revolución no había roto con el absolutismo regio, sino que lo había llevado a su compleción. ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley, el derecho y la Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.l.], ano 24, n. 72, p. 17-18, Sept./Dic. 2004.

⁴⁸ Montesquieu contesta que la potestad judicial no puede ser confiada ni a una concreta fuerza social, ni a una profesión determinada; debe ser confiada a todos, al pueblo. La respuesta viene condicionada: 1.º) Por la aspiración de limitar el poder para defender la libertad, y 2.º) Por los prejuicios frente a los *parlements* de la época (tribunales, a pesar del nombre). Estos órganos judiciales estaban integrados por la nobleza baja y la

Diante das transições descritas, em especial com a conquista de espaço político pelos burgueses, o jogo social apresenta uma nova cisão do poder, agora antropocêntrico, dando azo a democracia representativa. A burocracia⁴⁹, rompendo os mecanismos sociais existentes no período absolutista, apresenta a função social como um *munus* público a serviço da nação e não mais apenas do monarca, propiciando a conquista do poder político por uma casta que, até então, possuía apenas o poder econômico. O inglês Locke⁵⁰ foi um dos grandes idealizadores da emancipação da sociedade civil, sistemática que objetivava libertar os burgueses das amarras do Absolutismo. Assim, o liberalismo, ampliando os direitos que seriam assegurados (apenas) aos partícipes do jogo democrático representativo, ensejou preocupações que, perpassando o direito a vida, propiciaram novos direitos, dentre eles o direito à liberdade e a propriedade (liberdades negativas) que, mais tarde, somados aos apresentados pelo francês

burguesía y eran, en alguna medida, un rescoldo del feudalismo frente al poder real absoluto, habiéndose atribuido la facultad de *enregistrement* de las leyes. En virtud de ella, los parlamentos se negaban a registrar las leyes regias (es decir, centralizadoras) y, por tanto, a aplicarlas en los casos concretos, controlando que en ellas no existiera «nada contrario a los intereses de Vuestra Majestad *et de l'Etat et aux lois fondamentales du royaume*». La potestad judicial, en la concepción teórica de Montesquieu, se atribuía a todos, a personas elegidas por el pueblo para algunos periodos del año. Los tribunales no debían ser permanentes, debiendo actuar sólo el tiempo preciso para solucionar los asuntos pendientes. Esto es, tribunales populares y ocasionales. Ahora bien, «si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo hasta el extremo de no ser más que el texto preciso de la ley». El juicio, la sentencia, no puede representar el punto de vista particular del juez; éste no es una fuerza social o política; el juez ha de limitarse a aplicar la ley creada por las verdaderas fuerzas sociales; su actividad es puramente intelectual, no creadora de nuevo derecho. Aquí se inserta la tan conocida frase de que el juez no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley. En esta construcción, pues, el poder judicial, al no representar a una fuerza social, es invisible o nulo, o bien que de los tres poderes el judicial es en cierto modo nulo, quedando sólo los otros dos, que son los verdaderos poderes. Si lo que se pretendía era repartir el poder político entre las diversas fuerzas sociales y para ello se establecen unos órganos específicos, los jueces no son una fuerza social ni la representan. En la lucha entre las fuerzas sociales, el juez debe ser neutral. Para conseguirlo, la potestad judicial no debe atribuirse ni a un órgano permanente, ni a un cuerpo de funcionarios. En realidad no existe el poder judicial. MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. p. 27.

⁴⁹ Das visões de Weber e Arendt se pode concluir que os autores têm perspectivas distintas a respeito da burocracia. Para Weber a burocracia seria algo positivo, é uma estrutura que permite a realização do serviço público de forma profissional, enquanto que para Arendt, a burocracia é algo negativo, que isola o indivíduo do todo, faz com que ele perca a noção de conjunto, fazendo com que dissocie a sua responsabilidade no resultado final do processo. LIMBERGER, Themis. Burocratização, políticas e democracia, o caminho a ser trabalhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 218.

⁵⁰ Torna-se pois evidente, pelo exposto acima, que a monarquia absooluta, que alguns consideram o único governo do mundo, é, na verdade, incompatível com a sociedade civil, uma vez que o objetivo da sociedade civil consiste em evitar e contornar os inconvenientes do estado de natureza, frutos inevitáveis do fato de poder cada um ser juiz e executor em causa própria estabelecendo-se para tal uma autoridade reconhecida para a qual todos os membros dessa sociedade podem apelar por qualquer dano sofrido ou controvérsia que possa surgir, e à qual todos os membros têm de se submeter. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 63.

Rousseau, restarão conhecidos, em um Estado já Constitucionalizado, como humanos/fundamentais⁵¹.

As alterações inerentes a essa nova visão de mundo desencadearam significativas alterações no convívio social fruto de uma necessidade, na época, de limitar os poderes⁵² do Estado Soberano ampliando, por sua vez, a liberdade dos indivíduos. Essa busca frenética pela liberdade individual, em que o homem não mais é dominado pela natureza, mas, ao contrário, passa a dominá-la, é traduzida por novas posturas e terminologias⁵³. A luta da burguesia pelo reconhecimento da plena liberdade, conquista do Estado mínimo, é a grande responsável pela instituição de inúmeros princípios que deram azo aos regimes democráticos que permearam, mais tarde e em parte, os Estados Constitucionais. Contudo, sendo o direito uma invenção contínua do social e do político, diante das divisões e dos conflitos inerentes ao convívio humano, Claude Lefort⁵⁴ não entende possível considerar a democracia como sendo uma criação consciente/exclusiva dos burgueses, isso por compreendê-la como fruto da luta dos movimentos populares e operários, sistemática considerada, pelos burgueses, como um escândalo e um perigo maior do que o próprio socialismo. Destoando deste pensamento, Marx⁵⁵, um severo crítico da burguesia (apresentada por ele como responsável por uma luta egoísta do homem separado da coletividade⁵⁶ e em busca de liberdade para o exercício

⁵¹ Nenhum publicista poderia contestar essa dependência; todos sabem que nossas constituições, nossos princípios “democráticos” nossa concepção da lei derivam de Locke ou de Rousseau. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 172.

⁵² Ao contrário dos contra-revolucionários, Constant não acredita que a França do Antigo Regime já possuía uma constituição. A constituição é uma obra do tempo, devendo ser rígida e conter poucos assuntos. Tudo aquilo que não diga respeito aos limites e atribuições dos poderes e aos direitos individuais não é matéria constitucional [...] O objetivo do constitucionalismo deveria ser colocar em ação as estruturas indispensáveis do governo representativo e impedir o retorno da tirania ou da guerra civil. BERCOVICI, Gilberto.

Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 185.

⁵³ Mas as relações do indivíduo com a sociedade são vistas pelo liberalismo e pela democracia de modo diverso: o primeiro separa o indivíduo do corpo orgânico da comunidade e o faz viver, ao menos durante a maior parte da sua vida, fora do ventre materno, colocando-o no mundo desconhecido e repleto de perigos da luta pela sobrevivência; a segunda o reúne a outros homens singulares, semelhantes a ele, para que da união artificial entre eles a sociedade venha recomposta não mais como um todo orgânico mas como uma associação de livres indivíduos. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 24.

⁵⁴ CLAUDE, Lefort. **A invenção democrática:** os limites da dominação totalitária. São Paulo: Brasiliense, 1983.

⁵⁵ A sociedade burguesa moderna, oriunda do esfacelamento da sociedade feudal, não suprimiu a oposição de classes. Limitou-se a substituir as antigas classes por novas classes, por novas condições de opressão, por novas formas de luta. O que distingue nossa época – a época da burguesia – é ter simplificado a oposição de classes. Cada vez mais, a sociedade inteira divide-se em dois blocos inimigos, em duas grandes classes que se enfrentam diretamente: a burguesia e o proletariado [...] O socialismo burguês só atinge sua expressão adequada quando se torna uma simples figura retórica. Livre comércio, no interesse da classe trabalhadora! Tarifas protecionistas, no interesse da classe trabalhadora! Prisão celular, no interesse da classe trabalhadora! eis as últimas palavras do socialismo burguês, as únicas ditas a sério. O socialismo da burguesia consiste precisamente na afirmação de que os burgueses são burgueses no interesse da classe trabalhadora. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2011. p. 24 e 75.

⁵⁶ Destas proposições tirava Marx uma série de consequências relativas ao estatuto da opinião, sobretudo da opinião religiosa, da liberdade, igualdade, da propriedade e da segurança [...] o que dizia ele da opinião? [...]

individual da propriedade), muito embora presente de forma irônica a definição utilitarista da lei, reconhece que a Revolução Burguesa não apenas fomentou a emancipação política⁵⁷ como fez dela um momento necessário e transitório no processo de emancipação humana⁵⁸, dando os primeiros passos em direção à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Como fruto desse novo contexto social, muito embora criticado pelo autor como egoísta, surge a figura de um Estado Democrático que, com a instituição dos direitos do homem, marca significativamente a mutação do cenário político enaltecendo os ideais propagados com o nascedouro do Estado de Direito⁵⁹.

Em um primeiro momento o Estado Democrático, analisado apenas com base nas pretensões da classe burguesa em busca da efetivação do liberalismo⁶⁰, objetivava a garantia/segurança da propriedade privada, servindo o direito positivo como defesa dos indivíduos em relação ao Estado e em relação aos demais indivíduos, instituto este hoje conhecido como liberdades negativas⁶¹. Assim, o chamado “Estado Liberal”⁶² trouxe consigo

que é reconhecida como legítima no momento em que parece um equivalente espiritual da propriedade privada. Da Liberdade? [...] supõe que cada indivíduo é uma mônada isolada, dobrada sobre si mesma. Da Propriedade? [...] faz com que cada homem encontre no outro homem não a realização, mas, ao contrário, o limite da sua liberdade. Da Igualdade? [...] uma nova versão da teoria mônada. Da Segurança? [...] conceito social suprema da sociedade burguesa, o conceito da política, segundo o qual toda sociedade existe unicamente para garantir a cada um de seus membros à conservação de sua pessoa, de seus direitos, de sua propriedade. CLAUDE Lefort. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 43-44.

⁵⁷ No seu lugar, entrou a concorrência livre, acompanhada por uma constituição social e política adaptada a ela e sob o controle econômico e político da classe burguesa. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2011. p. 16.

⁵⁸ Marx odiava e admirava simultaneamente a burguesia. Via nela a classe que, por um lado, explorava duramente uma parte da humanidade, mas, por outro lado, destruía antigas relações de servidão e de feudalidade, criando um espaço para que se pudesse desenvolver uma literatura mundial. MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie europeias**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 43.

⁵⁹ Na afirmação dos direitos do homem trata-se da independência do pensamento e da opinião face ao poder, da clivagem entre poder e o cidadão, entre a propriedade privada e a política. Por que Marx não via isso? [...] Face a esta história o que significa a “revolução política” moderna? Não a dissociação da instância do poder e da instância do direito, pois esta estava no princípio do Estado monárquico, mas um fenômeno de desincorporação do poder e de desincorporação do direito acompanhando a desaparecimento do corpo do rei, no qual se encarnava a comunidade e se mediatizava a justiça: e, simultaneamente, um fenômeno de desincorporação da sociedade, cuja identidade apesar de já figurada na nação, não se separava da pessoa do monarca. CLAUDE Lefort. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 48 e 53.

⁶⁰ O liberalismo é, como teoria econômica, defensor da economia de mercado: como teoria política, é defensor do Estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do Estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário). BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 128.

⁶¹ A concepção de liberdade com a qual trabalha Mill é a mesma do pensamento liberal, a liberdade negativa, aquela que faz com que um indivíduo não possa ser impedido por uma força externa de fazer o que deseja e muito menos de ser obrigado a fazer o que não deseja. Pretende-se que o indivíduo goze de uma liberdade protegida contra a invasão do Estado, delimitando assim a esfera privada com relação à pública. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Fahl. Curitiba: Juruá, 2006. p. 43.

a ficção de uma sociedade que se ordenava espontaneamente graças a uma livre concorrência entre proprietários independentes e na qual o Estado Mínimo se limitava a fazer respeitar as regras do jogo e a proteger as pessoas e os bens, dando uma ênfase significativa ao liberismo econômico, sistemática esta que terá reflexos, como restará demonstrado em momento oportuno, na configuração processual do Estado Moderno.

Os direitos conquistados pela sociedade civil organizada, nessa época, não eram extensivos à todos os indivíduos que compunham a sociedade, consubstanciando uma liberdade formal e não substancial. Nesse contexto de liberdades seletivas, os direitos fruto dessa nova realidade social, agora democrática, eram benesses destinadas apenas aos burgueses que, participando do jogo democrático por possuir poder econômico, exerciam a cidadania. O conceito de cidadão, no período em comento, confundia-se com a ideia de alistamento eleitoral isso pelo fato de que somente aos burgueses, e apenas pelo voto, eram garantidos os direitos de participação social^{63, 64}.

É nesse patamar social, de perda da hegemonia do poder soberano do rei, que ocorre a mudança na forma de centralização dos poderes do Estado (de um poder pessoal/soberano à um poder institucional/soberania) nascendo a ideia de legitimidade fruto da representatividade democrática⁶⁵. Trata-se de um novo modelo estrutural de poder que, baseado nos princípios da

⁶² Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião de associação, etc.. – os direitos à base dos quais nasceu o Estado Liberal e foi construída a doutrina do Estado de Direito em sentido forte, isto é, dos limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo [...] As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente as regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo. Disto segue que o Estado Liberal é o pressuposto não só histórico, mas, jurídico do Estado democrático. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000. p. 32.

⁶³ Com a emancipação da sociedade civil-burguesa, no sentido marxiano, ou da sociedade industrial, no sentido Saint-simoniano, do Estado, inverte-se a relação entre instituições políticas e sociedade. Pouco a pouco a sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como o aparato coativo com o qual um setor da sociedade exerce o poder sobre o outro, é degradado a parte. BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010. p. 61.

⁶⁴ Cidadãos passivos eram todos os que não pagassem determinado montante de imposto, excluído do direito de votar e ser eleito. Cidadãos ativos eram aqueles que tinham determinado montante mínimo de rendimento e dividiam-se em três categorias, conforme a contribuição que pagavam; os que designavam os eleitores, a quem competia nomear os deputados, os que podiam ser eleitos deputados. Entendia-se, por um lado, que só aqueles, que tivessem um certo rendimento seriam capazes de independência e do esclarecimento exigidos a um sujeito político racional. Daí o afastamento do sufrágio imposto às mulheres, aos filhos e a todos economicamente dependentes, cujos interesses se supõe idênticos aos do pai de família e do patrão, só a estes cabendo representar. A única exceção a esta regra era os funcionários públicos, porque, em relação a eles, não pode aplicar-se a regra de que sua representação cabe ao patrão. NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21-23.

⁶⁵ Como disse outro eminente pensador contemporâneo, **a promessa de uma democracia política**, verdadeiramente representativa, sob o ponto de vista político, foi, como tantas outras promessas feitas pela filosofia liberal, inteiramente traída na experiência contemporânea. A representação dos interesses que é verdadeiramente o que hoje se pratica, sob a proteção idealizada democracia representativa, é, como afirma o

legitimidade e da legalidade, acarretou mudanças no seu modo de exercício garantindo suposta liberdade política⁶⁶, social e civil aos cidadãos. Esses foram os fatores que propiciaram o desenvolvimento da personalidade individual, acarretando o nascedouro de um pretense poder legítimo, “limitado” e burocrático. Assim, com a revolução científica e ampliação da racionalidade, começaram as transformações sociais, ressurgindo o direito romano que, por sua vez, propiciou o aflorar do Estado Moderno pela emancipação do indivíduo (antropocentrismo⁶⁷). Essas transformações sociais garantiram não só a liberdade religiosa, como ensejaram uma nova leitura econômica fruto da transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal.

Para que essa transição se efetivasse, em busca do protagonismo Legislativo, grandes batalhas foram travadas entre os poderes, nesse primeiro plano pela cisão/separação/transição do poder (do rei) soberano em busca de uma pretensa soberania (do parlamento).⁶⁸ Como reflexo dessa nova leitura social que enseja um importante movimento de libertação, os dominados, rejeitando sua submissão e conscientes de sua subjetividade, afirmam-se como sujeitos de direito. É nesse contexto de ampliação dos sujeitos que, perpassando os interesses dos burgueses, os socialistas passam a propugnar a intervenção do Estado⁶⁹ em todos os domínios da vida social para diminuir ou suprimir as desigualdades que surgem no quadro da sociedade civil. Com esse intento o desenvolvimento das liberdades individuais fomentou o

filósofo, a antítese da representação política: **A democracia moderna, nascida como democracia representativa em contraposição à democracia dos antigos**, deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito ao mandato vinculado [...] **O princípio sobre o qual se funda a representação dos interesses**. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 204.

⁶⁶ Tendo presente os dois caracteres fundamentais relevados por Tocqueville na democracia americana, o princípio da soberania do povo e o fenômeno da associação, o Estado representativo (o qual viera pouco a pouco se consolidando na Inglaterra e da Inglaterra difundindo-se através do movimento constitucional dos primeiros decênios do século XIX, na maior parte dos Estados europeus) conhece um processo de democratização ao longo de duas linhas: o alargamento do direito de voto até o sufrágio universal masculino e feminino, e o desenvolvimento do associativismo político até a formação dos partidos políticos de massa e o reconhecimento de sua função pública. BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010. p. 153.

⁶⁷ A primeira face do humanismo, a que se revela ilusória, para não dizer delirante, coloca o homem no lugar de Deus, de facto o único sujeito no universo, e dá-lhe por missão conquistar o mundo. É a missão que Descartes confere à ciência: fazer do homem o senhor e possuidor da natureza. MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie europeias**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 31.

⁶⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 33-37.

⁶⁹ Em uma palavra, se a idéia de progresso não nasceu com o movimento socialista, se antes mobilizou uma corrente liberal, humanitarista, encontrou, contudo, em seu seio a expressão mais firme, associando-se à da intervenção do Estado. CLAUDE Lefort. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 75.

fortalecimento dos grupos sociais, criados no interior das sociedades civis⁷⁰, momento em que passaram a não mais (apenas) defender-se do Estado⁷¹, mas buscar nele não só a garantia como, principalmente, a efetivação dos direitos que figuravam, em especial, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁷², acarretando superposição das liberdades negativas e positivas⁷³, propiciando o nascedouro dos direitos concebidos (hoje) como sociais⁷⁴.

Assim, contrariando o pensamento burguês, esses novos grupos sociais que integravam a sociedade civil, passaram a exigir maior participação no jogo democrático conquistando o direito ao sufrágio universal e, em especial, a extensão desse direito a novos espaços públicos, passando da democratização do Estado à democratização da Sociedade⁷⁵.⁷⁶

⁷⁰ O que aconteceu nos Estados democráticos foi exatamente o oposto: sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, grandes organizações, associações das mais diversas naturezas, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000. p. 35.

⁷¹ Entre as concepções clássicas, a teoria do estado de George Jellinek se oferece para uma comparação mais precisa: *status negativus* (liberdade contra o Estado [Freiheit vom Staat], direito de resistência ao Estado [Abwehrrechte]), *status positivus* (pretensões e exigências, pretensões [Leistungen] e participação, *status* no procedimento). MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 80.

⁷² O espírito humanista das Luzes encontrará a sua formulação na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, sendo esta mensagem muito mais suportada pela aristocracia iluminada do que pela burguesia, como demonstrou François Furet. Durante a noite de 4 de Agosto, os aristócratas, por sua iniciativa, abandonaram os seus privilégios. MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie europeias**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 37.

⁷³ Logo a democracia entendida como *garantista* significa o *Estado de Direito* munido tanto de direitos liberais (*direitos de*) como de direitos sociais (*direitos a*), próprios, estes últimos, dos Estados intervencionistas como o Brasil, não obstante, na prática, constituírem-se em promessas (retóricas) sonegadas. ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

⁷⁴ De acordo com Merquior, Hobbes louva a liberdade não política, sustentando que, *uma vez instituído o governo, a liberdade deixa de ser um assunto de autodeterminação para constituir algo a ser fruído no silêncio das leis, formando, desta maneira, a ideia inglesa de liberdade negativa [...]* Já a escola francesa de liberdade tem como modelo teórico Rousseau, para quem a forma mais elevada de liberdade é a autodeterminação, devendo a política refletir a autonomia da personalidade: *A eloquência de seu Contrato Social redirecionou o conceito de liberdade da esfera civil para a esfera cívica [...]* entre as décadas de 1880 a 1900, surgiria um novo liberalismo, caracterizado por três elementos essenciais: ênfase na liberdade positiva, preocupação com a justiça social e desejo de substituir o *laissez-faire*. As reivindicações em defesa dos direitos individuais haviam aberto caminho para exigências igualitárias criando para esse grupo os novos objetivos que levaram a uma renovação da política liberal. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Fahl. Curitiba: Juruá, 2006. p. 47-49.

⁷⁵ Em outras palavras, podemos dizer que o que acontece hoje ao desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formas ainda mais tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é de espaços até agora dominados por organizações do tipo hierárquico ou burocrático. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000. p. 67.

⁷⁶ As tentativas de expurgação do social com o intuito de destilar um Estado de direito quimicamente puro, isto é, um Estado sem o compromisso da sociabilidade, mais não são do que coberturas ideológicas para políticas econômicas e sociais os quais não cabem deveres de solidariedade e de inclusão do outro. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Coimbra: Gadiva, 1993. p. 39. (Cadernos Democráticos).

Trata-se de um novo modelo estrutural de poder que, baseado no princípio da legitimidade/legalidade, acarreta mudanças no seu modo de exercício, garantindo aos cidadãos liberdades políticas, sociais e civis.

Nos moldes do exposto, o liberalismo, tão criticado nos dias atuais, teve relevante papel na busca de garantias contra um Estado Absoluto, dando azo ao estado social e, conforme restará demonstrado no decorrer do estudo, ao constitucionalismo moderno^{77,78}. Nesse novo contexto em que se passa a reconhecer a suposta supremacia legislativa, transição do soberano rei para a soberania parlamentar, necessário se fez discutir os limites do poder judiciário, apresentando-o como independente da figura do rei, procedimento que objetivava garantir direitos aos cidadãos. Esse debate constitucional reforçou o executivo e privilegiou o parlamento, propiciando o surgimento dos partidos.

Necessário reconhecer que os Estados Liberal e Social apresentam importante marco no enfrentamento de temáticas que são caras ao presente estudo, em especial no que tange a crise entre governo e jurisdição, sendo que no primeiro modelo de estado ganhou evidência a

⁷⁷ O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por **constituição moderna** entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. (grifo do autor). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 52.

⁷⁸ Las Constituciones de los Estados Modernos ocupan un lugar privilegiado entre las normas jurídicas. Proclaman cómo se han de dictar nuevas normas de Derecho y determinan los órganos para ello competentes y la conducta que han de seguir. Pero no siempre enumeran todas las fuentes de Derecho posibles, sino que dejan a otras reglas jurídicas el cuidado de definir las más precisamente, v. gr., a leyes especiales encargadas de concretar el Derecho de dictar reglamentos reconocidos a ciertos órganos de administración. Y, por otra parte, pueden contener las Constituciones, tal como se nos presentan especialmente en los Estados modernos, además de los preceptos sobre la formación de nuevas normas jurídicas, otras varias prescripciones fundamentales referentes al ejercicio, a la aplicación y al respecto del Derecho instituido. [...] Se distinguen las normas jurídicas <<constitucionales>>, por su carácter intrínseco y de un modo general, de las demás normas jurídicas [...] Podremos encontrar un rasgo fundamental distintivo si recordemos que todo orden jurídico entraña necesariamente una vinculación y varias voluntades vinculadas. Nociones a las que corresponden – desde el punto de vista de la autarquía del Derecho – los conceptos fundamentales puros de la soberanía y la sujeción jurídicas. Las manifestaciones de estos dos conceptos se disocian al aplicar positivamente la noción del Derecho a la existencia humana real. Hay determinadas personas señaladas como titulares de la soberanía jurídica dentro de un pueblo y que se distinguen de los súbditos sujetos al Derecho en la misma comunidad. Normas <<constitucionales>> serán, dentro de este pueblo, las normas jurídicas que determinen los derechos y los deberes de aquellos titulares de la soberanía. De este modo, se aplica también a los mismos titulares de la soberanía jurídica en cada caso la noción de la vinculación propia del Derecho. En la estructura positiva de cada <<Constitución>> sólo se debe ver, pues, una manifestación concreta del orden jurídico que rija en la comunidad de que se trate. Se sigue de aquí, en primer lugar, que las reformas de una <<Constitución>> se deben concebir con el mismo criterio de la nueva formación de las normas de Derecho. El mismo orden jurídico indica, pues, por mediación de quien y de qué modo se ha de verificar una reforma de la Constitución. Preceptos éstos que a su vez no son más que partes del Derecho histórico en cuestión sometidos por tanto como todos a aquel mismo criterio. Por lo demás, es evidente que el problema <<de la fuerza vinculadora>> del Derecho no se puede resolver atendiendo a <<la Constitución>> de una determinada comunidad jurídica. Frente a las normas constitucionales se plantea invariablemente el mismo problema, que nos lleva de un modo general a la psicología de la vigencia de un Derecho y tiene que afrontar las dudas que se promuevan en cuanto a la legitimidad de la coacción jurídica como tal. STAMMELER, R. **Tratado de filosofía del derecho**. 1. ed. Madrid: Editorial Reus, 1930. p. 172.

figura do legislativo, estando ele limitado pela primeira e fundamental lei positiva, uma vez que para Locke, este poder seria a alma que forma a vida e a unidade da sociedade política, podendo o povo instituir novo legislativo quando o rei o sufocasse ou quando ele próprio ficasse inerte. Do exposto resta claro que o conflito⁷⁹, nos dias atuais, quanto à competência dos poderes constituídos⁸⁰ não é uma novidade no mundo jurídico, sendo esta a temática objeto de discussão na Europa quando da transição do Estado Absoluto para os Estados Liberal e Social, tendo como foco a tensão entre o poder do rei e o poder do parlamento (*onipotência do parlamento*⁸¹?). Blackstone, por exemplo, compreendia que o parlamento poderia fazer tudo e Bolingbroke, por sua vez, defendia a existência de uma constituição superior e imutável, a quem estavam submetidos o governo, os partidos e o próprio parlamento⁸².

No que tange ao Estado Liberal, a emancipação da sociedade burguesa correspondia, também, à emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, uma das consequências históricas do nascimento, crescimento e hegemonia dessa classe social. Essa nova visão de mundo⁸³ ocorre no início da Idade Moderna, com a doutrina dos direitos naturais pertencentes

⁷⁹ No complexo contexto de dissidências políticas e religiosas em que se gera o radicalismo político inglês (1681-1683), a formulação teórica do “direito de resistência” e do “direito a revolução” pressupunha um esforço analítico no sentido de dar contornos precisos ao chamado “corpo do povo”. Este “corpo do povo” era sistematicamente identificado pelos *tories* com a “população” e a “multidão”, “as pessoas sem propriedade”. Embora a expressão poder constituinte não surja de forma clara na obra de John Locke, considera-se que este sugeriu a distinção entre poder constituinte do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova “forma de governo”, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis. (grifo do autor). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 72,

⁸⁰ Embora em uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme sua própria natureza, isto é, agindo sempre em busca de sua própria preservação, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo mais deve ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário e entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 101.

⁸¹ Eis, portanto, explicado como, então, o princípio da *supremacia do Parlamento* – e, por conseguinte, da supremacia da *lei positiva* - imposto na Inglaterra a partir da “gloriosa” revolução de 1688, acabou por não conduzir, na América, ao mesmo resultado a que conduziu, ao invés, na Inglaterra: ou seja, o resultado de retirar as leis do controle de validade por parte dos juízes, aquele controle fora, ao contrário assegurado e que, pelo menos por alguns decênios, fora posto em prática pela doutrina de Lord Coke. Eis, em outras palavras, explicado o aparente paradoxo, ou seja, como então o princípio inglês da incontrolada supremacia do poder legislativo tenha podido contribuir, antes de ser um obstáculo, para a formação na América [...] do oposto sistema em razão do qual também as leis do Parlamento são sujeitas a um controle de validade por parte de todos os juízes. CAPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 62.

⁸² MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998. p. 149.

⁸³ Com a emancipação da sociedade civil-burguesa, no sentido marxiano, ou da sociedade industrial, no sentido Saint-simoniano, do Estado, inverte-se a relação entre instituições políticas e sociedade. Pouco a pouco a sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como o aparato coativo com o qual um setor da sociedade exerce o poder sobre o outro, é degradado a parte.

ao indivíduo singular. Para Johannes Althusius⁸⁴, ao contrário do disposto por Aristóteles, a política é a arte pela qual os homens se associam para instaurar, cultivar e conservar entre si a vida social. Uma das principais expressões dessa nova visão de mundo são as Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão (americana e francesa)^{85, 86}.

Assim, o desenvolvimento do Estado representativo coincide com as fases sucessivas do alargamento dos direitos políticos até, mais tarde, o reconhecimento do sufrágio universal masculino e feminino. Somada a esta nova concepção de cidadania política, alargada no Estado Social, resta reconfigurada a democracia objetivando tornar mais ampla a participação (representativa) do povo nas decisões sociais (verticalizadas), procurando acrescentar, aos fundamentos da democracia pautada no Estado Liberal, os benefícios da democracia construída pelo Estado Social^{87, 88}. É nesse contexto que Rousseau, preocupado com direitos de ordem social, apresenta sua concepção de vontade geral propagando, para além dos direitos já

BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010. p. 61.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010. p. 64.

⁸⁵ A mais alta expressão praticamente relevante dessa inversão são as Declarações dos direitos americanos e francesas, nas quais é solenemente enunciado o princípio de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo, um princípio que exerceu grande influência não apenas sobre todas as constituições que vieram depois, mas, também sobre reflexão a respeito do Estado, tornando-se assim, ao menos em termos ideais, irresistível. BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010. p. 65.

⁸⁶ O direito público dos Estados Liberais não reconhecia, nem conhecia qualquer fonte de poder ao lado do poder político, organizado segundo as leis: autoridade era conceito de direito; mas, de facto, existia o poder ao lado, o poder extrapolítico, que influía, conforme conceito da vida (Begriff des Lebens). As monarquias absolutas não deixaram margem a isto. O Estado representativo, liberal, encontrou-o e agravou-o. [...] O problema político do Século XX é nascido precisamente, desta dualidade. Onde funcionava, efetivamente, a representação nacional, a sociedade adquiriu órgão de vontade, atuante, enérgico, causando a oposição entre Parlamento e Estado (governo), tentando sufocar a este, dominá-lo, ou imediatamente, pela mutação de governos a cada mutação das maiorias, ou mediante, pela aspiração do voto secreto. MIRANDA, Pontes. **Fundamentos actuaes do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. v. 1, p. 225-226.

⁸⁷ Tendo presente os dois caracteres fundamentais relevados por Tocqueville na democracia americana, o princípio da soberania do povo e o fenômeno da associação, o Estado representativo (o qual viera pouco a pouco se consolidando na Inglaterra e da Inglaterra difundindo-se através do movimento constitucional dos primeiros decênios do século XIX, na maior parte dos Estados europeus) conhece um processo de democratização ao longo de duas linhas: o alargamento do direito de voto até o sufrágio universal masculino e feminino, e o desenvolvimento do associativismo político até a formação dos partidos políticos de massa e o reconhecimento de sua função pública [...] O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também e, sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituto e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados das deliberações do corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos. BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010. p. 153-155.

⁸⁸ O Estado de bem-estar social, desafiado para dar respostas imediatas aos reclamos que a crescente demanda do mercado político formulada, deslocou o seu cuidado e a sua preocupação para atender, de modo eficiente, a esses reclamos de multiplicação e excelência dos serviços públicos. Tentou-se, então, deslocar para a “eficiência”, alicerçada na competência técnica e no saber científico, a fonte de legitimação do poder político. PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 91.

defendidos por seus antecessores, a necessidade do direito a igualdade e a segurança. Contudo, muito embora o autor compreendesse a importância da democracia, em especial a direta, a reconhecia como uma das grandes razões pelas quais uma verdadeira democracia jamais tenha existido e jamais existirá⁸⁹, sendo que para tanto seria necessário um Estado muito pequeno, com facilidade de o povo reunir-se e, no qual, cada cidadão pudesse, facilmente, conhecer todos os outros. É nesse sentido que Bobbio⁹⁰, tratando da temática em comento, evidencia como requisitos importantes para o exercício da democracia o conhecimento e o exercício do poder em público, dois elementos complexos e difíceis de serem efetivados em países como o Brasil, conhecido por sua modernidade tardia.

A Democracia Social, nos moldes do apresentado no presente estudo, é fruto do reconhecimento não só das liberdades negativas, mas, em especial, das liberdades positivas, somatório que apresenta como resultado a conquista de novas transformações sociais, todas fruto da ideia de representatividade democrática originada no Estado Liberal⁹¹ que, a seu tempo e modo, dissociou a ideia de Estado da ideia de sociedade civil⁹². Assim, o Estado Social, alargando não só número de partícipes, mas, na sequência, também os espaços de participação democrática, passou a contribuir de forma coletiva nas decisões políticas e jurídicas. Nesta nova fase o indicador do desenvolvimento democrático deixou de ser, como era no Estado Liberal, medido pelo número de pessoas que participavam do jogo democrático, passando a estar condicionado, também, ao número de instâncias diversas daquelas

⁸⁹ Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça, todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social. Para que a vontade seja geral, nem sempre é necessário que seja unânime, mas, é preciso que todos sejam considerados; toda exclusão formal rompe a generalidade [...]. Rigorosamente nunca existiu uma democracia, e nunca existirá. É contra a ordem natural que o grande número governe e seja o pequeno governado. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 25, 34 e 65.

⁹⁰ As definições de democracia, como todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que apresenta a democracia como o “poder em público”. Uso essa expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões as claras e permitem que os governados “vejam” como e onde as tomam [...] A condição preliminar para o bom funcionamento de um regime democrático, parece afirmar Péricles, é o interesse dos cidadãos pela coisa pública e o bom conhecimento que deriva desse interesse. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 386 e 417.

⁹¹ O pensamento liberal enriqueceu-se em seu combate contra a monarquia absoluta; da mesma forma, a ideia de democracia social foi sustentada pela luta contra o poder da burguesia. TOURAIN, Alain. **O que é a democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996. p. 164.

⁹² Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democratização da direção política, o que ocorreu com a instituição dos parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade. BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010. p. 156.

tradicionalmente políticas em que as pessoas possam exercer o seu direito de voto, momento em que esse direito passou a ser de “todos”⁹³.⁹⁴

Os pensamentos de Bobbio e Aristóteles⁹⁵ apresentam o conhecimento e o exercício do poder em público como características necessárias para a efetiva configuração de uma forma democrática de governo. Nesse contexto, ela não deve ficar atrelada apenas aos procedimentos⁹⁶ descritos pela democracia formal, muito embora sua importância quanto aos requisitos de validade necessários ao seu exercício, a verdadeira democracia deve resguardar a importância do conteúdo, da substância desvelada por esse exercício esclarecido do poder em público. Em outras palavras esse novo modelo, mantendo a centralização do poder na figura abstrativizada do Estado (Democracia Representativa Vertical), exige que o governo democrático assegure as promessas contidas num programa constitucional, configurando a concreta transição do Estado Liberal para o Estado Social propiciando, assim, a passagem de um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez mais promocional⁹⁷.

⁹³ Donde, tal Estado hace mucho más que adoptar unas cuantas políticas y programas de bienestar. DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago: Jurídica del Chile, 1986. p. 127.

⁹⁴ En el derecho moderno, por sucesivas abstracciones, hay un *desplazamiento* en la figura del sujeto: del hombre (es el *tiempo* de la razón patriarcal) al ciudadano (que es el *buen burgués*) y de éste a la *persona jurídica* como *centro de imputación de derechos y deberes*, o bien, como capaz de acordar y comprometerse contractualmente. Detrás está la ficción voluntarista-idealista de la autonomía de la voluntad, que es el sello del individualismo burgués finalmente hegemónico. En ese sentido, para una investigación sobre la conformación del discurso sobre la ciudadanía y los derechos a ella adscritos, habría que seguir tanto la línea de la reflexión filosófico-política del contrato social, cuanto la versión de la economía clásica y neoclásica sobre el contrato como mecanismo para el intercambio de bienes en el mercado, y elucidar las formas en que se entrecruzan ambas líneas. ALFARO, Norman José Solórzano. **Crítica de la imaginación jurídica**. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia. 1. ed. México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007. p. 221.

⁹⁵ Mas de todas as coisas que dissemos, o que mais contribui para a permanência das constituições é a adaptação da educação, às formas de governo, embora esse princípio seja sempre negligenciado. As melhores leis, as sancionadas por cada cidadão da Cidade, serão completamente inúteis se os cidadãos não forem educados pelo hábito e pela educação no espírito da constituição, democraticamente se as leis forem democráticas [...]. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 200.

⁹⁶ Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida com contraposta a todas as outras formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 30.

⁹⁷ O corolário da construção weberiana é que o Estado social (ou de serviços) nada mais é do que uma resposta a demandas democráticas no sentido mais pleno da palavra: quando o direito de voto amplia-se dos proprietários – que pediam ao Estado apenas proteção da propriedade – em direção aos *que tinham como propriedade somente a força de trabalho*, passa-se a exigir do Estado a instituição de escolas gratuitas, proteção contra o desemprego, seguros sociais contra doenças e velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares, etc., exigências essas que levam a uma ampliação das funções e do próprio Estado. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Fahl. Curitiba: Juruá, 2006. p. 50.

Como consequência desse modelo, que abarca uma extensão significativa dos direitos sociais, são as reivindicações dos novos atores que passam a exigir do Estado não apenas prestações negativas, mas, em especial, prestações positivas. É o início do chamado Estado de bem-estar social em que, muito embora a doutrina liberal apoiada pelos burgueses propugnasse a ideia de Estado mínimo, essa nova realidade social conduziu o sistema político à uma forma de Estado que, não sendo máxima, deixou de ser mínimo. Trata-se de um novo contexto que dá início a uma sobrecarga fruto das diversas e variadas demandas oriundas desses novos sujeitos de direito que passam a integrar as sociedades civis. A dificuldade de o Estado Social responder com eficiência e efetividade a essas novas demandas passou a ser alvo de severas críticas por parte dos neoliberais⁹⁸ que, tratando do assunto, passaram a chamar atenção quanto à suposta ingovernabilidade⁹⁹ do Estado Social.

O domínio desses novos atores sociais passa a ser o da sociedade civil, não mais podendo ser reduzidos a interesses econômicos já que se orientam por valores culturais e relações sociais que, em muitos casos, restavam conflitantes. É o reinado da diversidade, permeado pelo nascedouro de uma democracia constitucional que, mantendo os ideais da democracia formal/procedimental, propõe perpassa-la em busca de conteúdo e substância. Porém, para que esse novo jogo democrático seja exitoso resta necessário, reconhecendo as liberdades negativas, fomentar a inclusão social fruto das conquistas que oportunizaram liberdades positivas evitando, a todo custo, a tirania das maiorias. Esses fatores sociais evidenciaram a importância desse novo modelo democrático que restou reconhecido como Democracia Constitucional sistema que, conforme restará demonstrado, apresenta a ideia de limitação de poderes somada à garantia de liberdades negativas e positivas como proposta principal, contexto que objetiva garantir a pretensa efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos.

⁹⁸ Na década de 1980, surgem, contestando os novos liberais, os neoliberais [...]. Estes autores possuem em comum a tendência a desconfiar da liberdade positiva como uma permissão para o construtivismo, julgam a justiça social um conceito desprovido de significação, defendem um retorno ao Liberalismo, e recomendam um papel mínimo para o Estado. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Fahl. Curitiba: Juruá, 2006. p. 49.

⁹⁹ Chega a ser até mesmo banal, tanto como foi dito e repetido, sustentar que a lamentada “sobrecarga das demandas”, da qual deriva uma das razões da “ingovernabilidade” das sociedades mais avançadas, é uma característica dos regimes democráticos, nos quais as pessoas podem se reunir, se associar e se organizar para fazerem ouvir a própria voz, tendo também o direito, se não exatamente de tomarem elas mesmas as decisões que lhes dizem respeito, ao menos de escolherem os indivíduos que periodicamente consideram os mais adequados para cuidar de seus próprios interesses. O Estado dos serviços, enquanto tal sempre mais amplo e sempre mais burocratizado, foi uma resposta, que hoje se critica juízo retrospectivo, a demandas justas provenientes de baixo. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 136-137.

Apresentados os modelos democráticos que permearam os Estados Liberal e Social, transitando para o Constitucional, resta evidente a pretensão de ampliação participativa no jogo democrático, o que fica demonstrado pela mudança no jogo político incluindo novos partícipes diante da necessidade de concretização dos direitos fundamentais fruto de uma democracia, agora, constitucional que, migrando do individual para o coletivo, oportuniza uma reestruturação estatal. É nesse contexto que as constituições escritas, inicialmente reconhecidas como cartas políticas que tiveram início nos Estados Unidos da América entre 1761 e 1776, transitam da defesa dos direitos das colônias para a garantia dos direitos sociais de cidadania aos americanos que, buscando a instituição de uma constituição rígida, passaram a distinguir Constituição e lei, enfrentando o conflito existente entre duas concepções de poder legislativo que, como já narrado, permeavam os pensamentos ingleses professados por Coke, que compreendia a existência de um legislativo limitado e Blackstone que, por sua vez, compreendia a existência de um legislativo ilimitado. Contra a onipotência do parlamento e garantindo a soberania constitucional, os americanos passam a reconhecer a força das decisões dos tribunais judiciais¹⁰⁰, sistema que ensejou, como conquista social, a ideia de controle de constitucionalidade que, ainda hoje, gera discussões quanto a competência¹⁰¹ e legitimidade¹⁰². Conforme restará demonstrado no decorrer do estudo, muito embora a evolução democrática fruto dessa realidade apresentada na transição do Estado Moderno para o Constitucional, objetivando perpassar o ideal democrático representativo formal em busca do ideal democrático representativo substancial, persiste a estrutura Estatal Verticalizada, ainda pautada na concepção de concretização do poder que, deixando as mãos do rei e do parlamento, migram para as mãos do Estado Juíz.

Assim, configurada a separação efetiva entre normas constitucionais e infraconstitucionais, o judiciário (transitando do *ius dicere* ao *ius facere*), no modelo constitucional americano, passa a ser reconhecido como o poder competente para o exercício

¹⁰⁰ Pois bem, a doutrina que está na base do mecanismo do controle judicial “difuso” de constitucionalidade das leis é, com certeza, muito coerente e de extrema simplicidade: ela foi precisada, com grande clareza, já na motivação da famosa sentença de 1803, redigida por John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, e, ainda antes, tinha sido limpidamente formulada por Elexandre Hamilton. CAPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 75.

¹⁰¹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 161-168.

¹⁰² Todavia, com a ampliação do espaço da jurisdição – e conseqüentemente, a diminuição do espaço a legislação -, com o grau de indeterminação que o direito assume a partir da emergência dos princípios e, sobretudo, com o protagonismo conferido aos juízes nesta quadra da história, exsurge algumas questões que afetam a relação entre direito e democracia: como se interpreta e se aplica o direito? Existem respostas corretas? De que maneira decisões judiciais podem ser minimamente controladas? O garantismo é compatível com o ativismo judicial? FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

de guardião desse importante marco jurídico¹⁰³. As evoluções vivenciadas no regime americano, muito embora diverso dos regimes ingleses e franceses, em especial no que tange a composição da corte constitucional, têm seu nascedouro nestes últimos que, já em 1700, defendiam a independência dos juízes em relação a quem governa e a quem faz as leis. Em 1788, na França, resta reconhecido que somente um poder constituinte representativo do povo pode escrever o pacto constitucional, procedimento que já havia sido enunciado na Revolução Americana. Da soberania do povo surge um poder constituinte ilimitado que estabelece os poderes constituídos que deverão respeitar os limites constitucionais, sistemática que apresenta distinções importantes quanto a ideia de legitimidade e legalidade, temáticas que ainda geram discussões quanto aos seus limites^{104, 105}.

Na época do embate entre Blackstone e Bolingbroke, restou configurada a ideia de que a constituição, sendo anterior e superior ao governo e ao parlamento, deveria prevalecer. Assim o rei, exercendo a competência de chefe de Estado, não governaria, sendo esta função de competência do parlamento, este responsável por eleger o 1º ministro que, na função de chefe de governo, representaria a figura de equilíbrio entre o rei e o parlamento. Para Burke o governo não poderia ser uma simples vontade da nação, mas, sim, um centro de ação, uma força propulsora que fizesse viva, ativa e efetiva a constituição.

Face ao exposto, muito embora ainda não tenha atingido o desiderato proposto, é evidente a importância da democracia constitucional diante das alterações no modo de convivência humana, em especial pelo papel desempenhado pelas sociedades civis no contexto político, momento em que os novos atores sociais, politicamente importantes/expressivos, já não são mais os indivíduos isolados, mas os grupos sociais que não só permeiam a sociedade civil, dissociada da ideia de Estado, como buscam novos espaços para o exercício da democracia em um ambiente constitucionalizado. Contudo, como narrado, muito embora as importantes conquistas efetivadas nesse período, o modelo

¹⁰³ Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais [...] As locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade* não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação gênero espécie. *Jurisdição constitucional* designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2-3.

¹⁰⁴ É por isso que o conceito do direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o pensamento democrático, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 53.

¹⁰⁵ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 217 e 228.

democrático permanece verticalizado. Assim, muito embora a evolução fruto dessa nova estrutura, que além da forma passa a preocupar-se com a substância, mantém-se a concepção representativa do poder, nos moldes do já apresentado nos Estados Absoluto, Liberal e Social Modernos, configuração que, conforme demonstrado, pecam por não propiciar a necessária e verdadeira descentralização da política. É nesse contexto que o modelo jurisdicional Pós-Moderno resta apresentado como uma proposta de efetiva participação social, momento em que a Jurisdição torna-se o *locus* do exercício democrático pelos verdadeiros cidadãos. A construção compartilhada do objeto do debate processual oportunizará (de forma direta) a concreta participação política (para efetivação/concretização e/ou criação de novos direitos!?), tese que será desenvolvida no decorrer do presente estudo.

Porém, antes da análise em comento, necessário se faz compreender essa importante evolução que propiciou a transição de um direito formal para um modelo mais substancial e, na sequência, participativo. Tratando de Estado de Direito e de Estado Democrático, Bobbio e Ferrajoli apresentam pensamentos que se complementam quanto à garantia de efetividade dessa forma de Estado. O primeiro, não vinculando democracia e Estado de Direito apresenta uma ideia de democracia formal, enquanto que o segundo, por sua vez, entendendo o Estado de Direito como axiologicamente anterior ao Estado Democrático apresenta uma compreensão mais substancial¹⁰⁶ dessa forma de governo. Na prática a principal diferença, entre a democracia formal e a democracia substancial, reside no fato de que a primeira define *quem* decide e *como* decide e a segunda define os temas sobre os quais não se pode e, principalmente, os que se deve decidir, sendo este um grande diferencial entre os modelos de democracia liberal e social (apenas quem e como) e as democracias constitucionais (soma do quem e como com os temas que não são se pode e os que se deve decidir).

A evolução em comento, diante dos reflexos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, principalmente, da Declaração dos Direitos Humanos (1948), propiciou a constitucionalização dos direitos humanos, momento em que passaram a ser concebidos, em âmbito nacional, como direitos fundamentais¹⁰⁷ permitindo, assim, a soma das

¹⁰⁶ Ainda, de acordo com Ferrajoli, o projeto *garantista* leva a uma redefinição do conceito de democracia – diferenciada formal e substancialmente – e também à fusão da democracia substancial com Estado de Direito. Assim, visto como um conjunto formado pela soma de garantias liberais mais as garantias sociais, o Estado de direito pode ser configurado *como um sistema de meta-regras com respeito às próprias regras da democracia política*. Isto é, a regra da democracia política, segundo a qual se deve decidir por maioria indireta ou direta dos cidadãos, fica subordinada ao Estado de Direito. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Fahl. Curitiba: Juruá, 2006. p. 163.

¹⁰⁷ Com efeito a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à *dignidade da pessoa humana* e seus *Direitos Fundamentais*, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantará a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material*

conquistas de liberdades negativas fruto do Estado de Direito Liberal e das liberdades positivas nascidas com Estado de Direito Social, ensejando o nascimento do que passou a ser conhecido como Estado Constitucional de Direito. Nele a democracia, deixando de ser apenas formal, propõe-se substancial, eis que objetiva garantir, principalmente, a efetividade dos direitos fundamentais positivados na magna carta.

Como fruto desse novo contexto democrático, merece ênfase o pensamento desenvolvido por Ferrajoli¹⁰⁸ que, advogando em prol da ampliação da democracia substancial, é contrário à ideia de onipotência da maioria. Para o autor, ao falar de democracia não é possível fazê-lo sem referir-se ao constitucionalismo que possui como princípio fundamental a limitação de poderes, dentre eles, o da própria maioria¹⁰⁹. Assim, enquanto a democracia formal refere-se ao Estado político representativo, que tem no princípio da maioria a fonte da legalidade, a democracia substancial nada mais é do que o Estado de direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais, sistemática denominada como garantismo¹¹⁰. Diante do exposto a garantia da efetivação de um Estado Democrático de Direito necessita da implementação de um Estado Constitucional de Direito que, com base em liberdades negativas e positivas, deveria garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ferrajoli¹¹¹ compreende que a essência do constitucionalismo e do garantismo, fruto de uma democracia constitucional, abrange o conjunto de limites impostos pelas constituições a todos os poderes, o que é possível pela construção de um sistema de

na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos. ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.

¹⁰⁸ Y también en el sentido de que el paradigma embrional, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 35.

¹⁰⁹ Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 51.

¹¹⁰ Como corolário temos que, para o ‘garantismo’, a expansão da democracia deverá dar-se não somente pela multiplicação de seus espaços de atuação, abrangendo também espaços não políticos, onde ficam formalmente democratizados o **quem** e o **como** das decisões. Esta ampliação deverá abranger também a extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes – democráticos e burocráticos, públicos e privados – para tutela substancial de direitos vitais sempre novos e, ao mesmo tempo, mediante a elaboração de novas técnicas garantistas aptas a assegurar uma maior efetividade. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Fahl. Curitiba: Juruá, 2006.

¹¹¹ Cambian en primer lugar las condiciones de validez de las leyes, que dependen Del respecto ya no solo de normas procedimentales sobre su formación, sin tambien de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, sobre su coherencia com los principios de justicia establecidos em la constitución [...]. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 31.

separação e equilíbrio de poderes. Para tanto, os Estados Constitucionais¹¹² deverão não apenas garantir os direitos fundamentais, mas, em especial, adotar técnicas para o controle e reparação em caso de violação desses direitos. Essa pretensão substancial, inerente à democracia constitucional, traz em seu bojo a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais assegurados pelas obrigações e proibições impostas aos poderes públicos/constituídos, o que é feito ao agregar os benefícios materiais da democracia substancial à sua tradicional dimensão política, meramente formal/procedimental.

Ao tratar da democracia constitucional, Ferrajoli manifesta-se no sentido de que os fundamentos que deram origem à democracia representativa, tais como democracia da maioria¹¹³ e liberalismo econômico, chegam a ser incompatíveis com os princípios/objetivos da democracia constitucional. Para o autor, os absolutismos dos poderes políticos da maioria e dos poderes econômicos do mercado são contrários a essência do constitucionalismo e do garantismo propostos nesse novo modelo. Assim, a democracia constitucional é definida por Ferrajoli¹¹⁴ como sendo o conjunto de limites impostos pelas constituições a todo e qualquer poder, sistemática garantida pela rigidez das cartas constitucionais que, deixando de ser meros instrumentos políticos, nessa fase ganham contornos/garantias jurídicas contra as maiorias.

Os elementos que constituem o nascedouro de um mecanismo constitucional rígido não possibilitam que os poderes majoritários possam dispor de forma volitiva da norma constitucional. As hipóteses de modificação das constituições supõem a aparição de um novo poder – o constituinte – ordenado pela própria constituição e que age, segundo um procedimento específico, para a reforma constitucional. Esse sistema garantista, em que os direitos fundamentais restam materializados nas cartas constitucionais, deixando estas de

¹¹² Só a constituição democrática é autêntica e normativa, pois apenas ela consegue limitar efetivamente a ação do poder, entrelaçando validade e legitimidade [...]. A Legitimidade da constituição é interna, não apenas externa, pois na democracia constitucional é impossível separar validade da legitimidade, ou seja, a criação e o conteúdo da norma. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 17-18.

¹¹³ Para tanto, os vínculos no *Estado Democrático de Direito* de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível. ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 04.

¹¹⁴ Y se redescubre, por ello, el significado de la constitución como limite y vínculo a los poderes públicos, estipulado dos siglos antes em el artículo 16 de la *Declaración de derechos del hombre de 1789*: *toda sociedad em la que no están aseguradas la garantía de los derechos ni la separación de los poderes no tiene constitución* [...] Pues bien, este cambio de paradigma, que há hecho posible el papel de las constituciones com garantía de la division de poderes y de los derechos fundamentales, se produjo con aquella verdadera invencion de este siglo, consistente en el carácter rígido de la constitucion – o si se prefiere, em la garantía de esa rigidez -, y em consecuencia em la sujecion al derecho interno y tambien el de derecho internacional: su sujeción, precisamente, al imperativo de la paz y a los principios de justicia positiva, y ante todo a los derechos fundamentales, establecidos tanto em las constituciones estatales como em eses embrión de constitución mundial constituído por la Carta de las Naciones Unidas y la *Declaracion universal de los derechos humanos*". FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 28-29.

serem apenas promessas vazias para transformarem-se em direitos subjetivos de aplicabilidade imediata, acarretou um sensível deslocamento do centro das decisões do legislativo e do executivo para o judiciário¹¹⁵, mantendo-se, contudo, os expedientes de concentração de poder estatal e verticalização democrática. É nesse sentido que, muito embora a significativa contribuição social do modelo proposto, a efetividade das referidas garantias não resta configurada, em especial pela ineficácia dos poderes constituídos. Estes, no intuito de isentarem-se da culpa, imputam em suas defesas a suposta sobrecarga das demandas sociais as quais, em sua grande maioria, acabam por não serem materializados pelos responsáveis para tanto, impactando na sobrecarga e, conseqüente, protagonismo do judiciário diante do elevado número de ações judiciais.

Uma das razões para o fato em comento seria o pretense aumento das complexidades sociais uma vez que, nos moldes do descrito neste estudo até o presente momento, no Estado Absoluto não eram garantidos direitos aos indivíduos, o que ensejou a busca pelos burgueses de liberdades negativas, fomentando o nascedouro do Estado Liberal/Mínimo que acarretou no protagonismo do legislativo. Este, por sua vez, dissociando as sociedades civis do Estado, propiciou uma significativa ampliação dos direitos individuais e coletivos acarretando o nascedouro do Estado Social e, conseqüente, protagonismo do executivo que, diante do aumento expressivo das demandas oriundas dos novos atores sociais, passou a ser criticado pelo neoliberalismo por sua suposta ingovernabilidade. Como pretensa solução, surge o modelo de Estado Constitucional Democrático que, em países como o Brasil que não vivenciaram o Estado Social, muito embora a preocupação formal e substancial quanto a materialização/garantia das conquistas sociais, restam longínquos em virtude da ineficiência/inexistência de políticas públicas acarretando, nesse contexto, uma excessiva busca judicial desses direitos dando azo ao que passou a ser reconhecido como Protagonismo Judicial¹¹⁶.

¹¹⁵ Também, no direito alemão, o princípio resulta da posição livre em que o nosso Código Civil coloca o juiz: essa liberdade resulta da consciência de que o poder legislativo é insuficiente e da confiança tanto no conhecimento da vida pelo juiz, como na sua capacidade para ponderar e julgar os interesses da comunidade jurídica. Essa confiança é expresamente afirmada em inúmeros casos, pelo emprego das chamadas normas em branco ou palavras em branco e pelas referências aos bons costumes ou aos usos da vida. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 235-236.

¹¹⁶ En 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 aquietta 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

Para los substancialistas¹¹⁷, que advogan em benefício do juspositivismo/jusconstitucionalismo (garantista e normativista) como é o caso de Luigi Ferrajoli, esse alargamento do poder do Judiciário seria contrário aos procedimentos inerentes a uma democracia fruto de um Estado Constitucional de Direito, próprio de um modelo

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 panoram, la dirección y el movimiento progresivo de las corrientes sociales. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Jurídicas Europa-America, 1960. p. 69-70.

¹¹⁷ Por 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, 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**. 2013. f. 189-191. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

democrático verticalizado, posição esta adotada também por Lenio Luiz Streck. No lado oposto, os processualistas/procedimentalistas, advogando em benefício do que passou a ser concebido como neoconstitucionalismo/jusliberismo, principialista e argumentativo, apresentam o ativismo judicial, pautado no alargamento do poder do Judiciário¹¹⁸, como ferramenta para a concretização das promessas constitucionais. Contudo, todos apresentam como fundamento de suas teorias a ideia de democracia.

Tratando da temática, Lenio Luiz Streck¹¹⁹ não aceitando qualquer forma de discricionariedade judicial, entende que *discutir as condições de possibilidade de decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia [...] O drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores*. Assim, diante da análise das transformações conceituais do termo democracia, resta evidente a importância do tema em especial no que tange a compreensão dos objetivos para os quais ela fora constituída. Contudo, muito embora os princípios inerentes a este importante marco jurídico, o Brasil tem efetivado direitos humanos/fundamentais pelo poder judiciário, procedimento que tem fomentado discussões quanto à legitimidade e limites dos poderes constituídos. Esse complexo contexto social é fruto das promessas constitucionais apresentadas pelo poder constituinte originário que, passados 30 (trinta) anos, não restam efetivadas, acarretando em significativa discrepância entre a constituição formal¹²⁰ e a constituição real.

Esse contexto é fruto não só dos problemas educacionais e culturais que permeiam a “tal pátria educadora”, mas, também pelos problemas burocráticos, e estruturais da organização e limites dos poderes constituídos, isso tudo somado a

¹¹⁸ En el proceso judicial del Estado reactivo, las decisiones se justifican más en términos de la justicia de los procedimientos empleados que en lo acertado de los resultados obtenidos. En contraste, las reglas y reglamentaciones procesales en el Estado activista ocupan una posición mucho menos importante e independiente: el proceso es básicamente la doncella del derecho sustantivo. 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 sustantivo acertado, más que otro que haga efectivas las nociones de justicia o proteja algún valor sustantivo colateral. En este sentido, entonces, el derecho procesal del Estado activista sigue al derecho sustantivo tan fielmente como una sombra. Y en la medida en que el propio derecho sustantivo 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: Jurídica del Chile, 1986. p. 255-256.

¹¹⁹ E esse é o problema. Portanto Ferrajoli tem razão porque, nos moldes como é apresentado, o neoconstitucionalismo depende de posturas axiologistas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial. FERRAJOLI, Luigi. **STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 64.

¹²⁰ É justamente neste campo que acaba se materializando a *falácia garantista*. Isso porque não basta a mera declaração de direitos, se não houver, também e paralelamente, mecanismos idôneos e capazes de corrigir os desvios e efetivar os direitos na sua maior extensão. ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 33.

ineficiência/inefetividade/ineficácia/inexistência de políticas públicas¹²¹. Desse caótico contexto, a pergunta que exsurge, reporta-se a legitimidade/competência do Poder Judiciário quanto aos procedimentos adotados no intuito de efetivar políticas públicas e/ou supressões/omissões legais, sendo que os defensores do modelo democrático representativo (separação dos poderes) compreendem que, ao fazê-lo, este poder constituído estaria extrapolando sua competência (jurisdição) uma vez que avocaria para si funções inerentes aos demais poderes¹²². É com intuito de responder essa questão que buscar-se-á compreender os fundamentos que constroem a ideia de democracia participativa pela jurisdição, expediente que objetiva substituir a ideia de separação pela divisão dos poderes, momento em que a decisão seria fruto de um poder compartilhado, sistemática que só será possível com o reconhecimento da necessidade de reestruturar as concepções de processo e jurisdição, apresentando-se esta última como um importante mecanismo participativo (contraditório e ampla defesa) que teria o condão de legitimar a *auctoritas* de uma construção pós-moderna fundamentada pelo contexto fático/fenomenológico ensejando uma decisão policêntrica, uma vez que construída pelos partícipes processuais quando da instituição de novos direitos.

É nesse contexto que o estudo objetiva, sem pretensões de esgotar o tema, construir elementos que possibilitem a estruturação de uma teoria¹²³ que permita, perpassando a democracia representativa, compreender a (i)legitimidade das decisões judiciais pós-modernas que concretizam/efetivam políticas públicas¹²⁴, o que será feito realizando comparativos entre

¹²¹ Assim, já se percebe porque o tema das políticas públicas entra na pauta jurídica nos últimos tempos. Na passagem do Estado Liberal com sua feição de abstenção, chega-se ao Estado Social com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo, que tem sua marca na Constituição de Weimar de 1919 e em nosso país, na Constituição de 1934, da era Vargas. Passado o movimento pendular de Constituições antidemocráticas e democráticas, chega-se à Constituição de 1988, onde a democracia começa a se estabilizar e confere margem para a efetividade dos direitos. Desse modo, a discussão das políticas públicas ganha espaço no cenário jurídico. LIMBERGER, Themis. *Burocratização, políticas e democracia, o caminho a ser trabalhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde*. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-64.

¹²² O papel criativo dos juízes na evolução e modernização do direito constitui agora um dado geralmente aceito. Certamente, este papel implica certo grau de discricionariedade e, por isso, de “politização” e “socialização” da atividade e, assim, do poder jurisdiccional. CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1989. p. 86.

¹²³ Nada é mais importante, portanto, que não seguir como ovelhas o rebanho dos que nos precederam, indo assim não onde querem que se vá, sendo onde se deseja ir [...]. Moremos seguindo o exemplo dos demais. A saída é nos separarmos da massa e ficarmos a salvo. SÊNECA, Lucio Anneo. **Da felicidade, seguido de, da vida retirada**. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 8.

¹²⁴ Toda a gente sabe, contudo, que qualquer texto escrito se interpreta e como as interpretações são criadoras. A teoria da linguagem mostrou a inevitabilidade da interpretação; a teoria do direito constatou o caráter normativo da produção jurisprudencial. Se se tornou claro que o juiz não se limita a repetir uma norma preexistente mas contribui para a configurar (por vezes adaptando-a, por vezes criando-a), então volta a por-se o problema da retroatividade. Certamente se o juiz pudesse dissociar a resolução do caso particular da base

as evoluções inerentes aos modelos estatais, constitucionais e democráticos existentes até o presente momento. Assim, analisada a evolução constitucional bem como a origem e desdobramentos do termo democracia, em especial no que tange a democracia constitucional, o estudo buscará compreender¹²⁵ o ciclo “evolutivo” que tem propiciado a realidade pós-moderna tendo como mote, conforme já narrado, o deslinde da jurisdição e do processo democráticos¹²⁶. Para tanto, o próximo tópico abordará, pelo viés da ciência política, os pensamentos que têm fundamentado a existência da pretensa legitimidade democrática horizontal/participativa (a ser discutida em momento oportuno) das decisões fruto de uma jurisdição¹²⁷ respaldada pelo contraditório constitucionalizado.¹²⁸

2.2 Da Participação (Ius) no Estado Pós-Moderno: das possibilidades de uma democracia horizontal

Realizada a análise em busca da compreensão da estruturação/construção dos pensamentos moderno/constitucional inerente a temática em questão, necessário se faz não só compreender os mecanismos e instrumentos propostos, bem como os atores¹²⁹ responsáveis pela necessária efetivação/concretização dos direitos frutos dessa nova realidade social. Com esse desiderato, restará debatida a competência dos poderes constituídos restando

de regra “antiga”, e a formulação de uma regra jurídica “nova” que lhe parecesse melhor, a questão não se colocaria. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, Éditions Odile Jacob, 1999. p. 191.

¹²⁵ No fundo, apenas os pensamentos próprios são verdadeiros e têm vida, pois somente eles são entendidos de modo autêntico e completo. Pensamentos alheios, lidos, são como as sobras das refeições de outra pessoa, ou como roupas deixadas por um hóspede na casa. SHOPENHAUER, Arthur. **Arte de escrever**. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 41.

¹²⁶ A nova teoria da democracia – que também poderíamos designar por teoria democrática pós-moderna para significar sua ruptura com a teoria democrática liberal – tem, pois, por objetivo alargar e aprofundar o campo político em todos os espaços estruturais da interação social. No processo, o próprio espaço político liberal, o espaço da cidadania, sofre uma transformação profunda. SANTOS, Boaventura Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Cortez, 1994. p. 276.

¹²⁷ [...] O primeiro texto deste capítulo é fundamental para uma adequada pré-compreensão dos demais, pois é a partir dele que tento explicar o surgimento dos conflitos de interesses em sociedade e suas formas de composição, sempre na perspectiva da teoria monista do ordenamento jurídico, no qual o processo passa a ser o instrumento através do qual o juiz efetivamente cria direitos subjetivos. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

¹²⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, [S.l.], n. 40, p.101-120, 2014.

¹²⁹ [...] contra as tentações da justiça-espetáculo e da democracia plebicitária, seria preciso lembrar as virtudes daquilo que Dominique Rousseau designa por “democracia contínua”: as virtudes do controle e do debate cidadão que não se reduzem apenas às épocas de eleições, as virtudes do processo, lento porque faz uso do diálogo, as virtudes dos controles de legalidade e de constitucionalidade que revelam que a eficácia não é o único princípio pertinente da ação pública. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget: Éditions Odile Jacob, 1999. p. 37.

apresentando, como mote do trabalho, a discussão sobre a legitimidade das decisões judiciais pós-modernas para a concretização¹³⁰/criação¹³¹ (jurisdição democrática¹³²) dos avanços normativos/culturais em prol da melhoria da condição social da humanidade^{133, 134}

Assim, o denominado Estado Moderno, reconhecido inicialmente como um poder absoluto, depois aristocrático e, na sequência, dizem, democrático sofreu inúmeras transformações no que diz respeito as suas concepções políticas e jurídicas, em especial no tocante a ideia de democracia¹³⁵. Apresentado/representado por conceitos e diretrizes diversas, fruto da conquista da sociedade civil organizada, muito embora tenha ensejado alterações na estrutura relativa aos espaços de desenvolvimento desse mecanismo de participação

¹³⁰ DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago: Juridica del Chile, 1986; GARAPON, Antonie. **O guardador das promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

¹³¹ ZAMBRANO, Pilar. **La inevitable creatividad em la interpretacion jurídica**. Uma aproximacion iusfilosófica a la tesis de la discricionariedad. México: Universidad Nacional Autonoma de México, 2006; CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

¹³² Nessa perspectiva surge o juiz como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, de sorte que a própria democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário. [...] Mais que isso, necessário fazer a distinção entre democracia participativa e democracia representativa para enfim, podermos evidenciar que a representatividade já não é mais capaz de sozinha realizar o autêntico ideário democrático, tão aspirado para a realização de uma sociedade justa e ineludivelmente solidária. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

¹³³ Ao contrário dos codificadores que pretendem derivar o direito dos princípios *a priori* da razão, a Escola do direito histórico designa o seu fundamento nas necessidades internas, histórica e orgânicamente desenvolvidas, de cada nação. Em 1847, Puchta escreve: “O direito assenta, quanto ao seu derradeiro fundamento histórico, na convicção comum de um povo” [...]. Beseler fez eco destas palavras, quando afirma: “O direito não é produto do acabado ou do arbitrário dos homens, nem da legislação ou das abstrações dos filósofos, desenvolveu-se directamente na vida dos povos como o costume e a língua”. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget: Éditions Odile Jacob, 1999. p. 84.

¹³⁴ A vida do direito está longe de representar esse longo rio tranquilo que muitos imaginam talvez do exterior: nele se agitam as forças vivas da consciência social e se enfrentam os mais variados tipos de práticas e de interesses, dos quais somente uma parte conforma-se à norma. De resto, o próprio direito oficial é capaz de mobilizar, por ocasião das revoluções e outras grandes refundações políticas, os recursos do imaginário coletivo. Numa escala mais individual, os tribunais registram diariamente os choques das forças centrifugas que sacodem o direito ao sabor dos interesses particulares e dos dramas pessoais. Demolombe tinha muita razão de tratar a jurisprudência de parte animada, quase dramática, da legislação. Nas historias contadas e pleiteadas no tribunal, tecem-se a cada dia novas intrigas que são como a mediação entre a ficção oficial do código e as ficções urdidas pelos personagens singulares da vida real. Não é raro, nessas condições, que um demandador obstinado ou um litigante imaginativo obtenha o benefício de uma interpretação inovadora ou mesmo de uma reorientação da jurisprudência, que anunciará talvez uma mudança da própria lei. De resto, seria um erro representar-se a lei sob a forma de um espartilho rígido que não dá nenhuma margem de ação aos atores: muitas delas, ao contrário, adquirem uma forma supletiva, impondo-se apenas na falta de outra opção adotada pelos particulares. É significativo que o código civil tenha reservado uma rubrica em branco, a dos contratos ditos sem nome, precisamente para dar espaço a imaginação nunca em falta dos contratantes. OST, François. **Contar a lei**. As fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. p. 19-20.

¹³⁵ As definições de democracia, como todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que apresenta a democracia como o “poder em público”. Uso essa expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões as claras e permitem que os governados “vejam” como e onde as tomam [...]. “A condição preliminar para o bom funcionamento de um regime democrático, parece afirmar Péricles, é o interesse dos cidadãos pela coisa pública e o bom conhecimento que deriva desse interesse. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 386 e 417.

popular¹³⁶, trabalha com um conceito de democracia, salvo melhor juízo, ainda pautado na ideia de povo legitimador¹³⁷. Nesse sentido, é de extrema importância o conhecimento dessa ferramenta que, quando utilizada corretamente, pode ensejar a ampliação não só da competência dos poderes constituídos como, também e principalmente, da efetiva concretização dos direitos que são fruto dessas conquistas da modernidade¹³⁸ bem como a construção de novos direitos gestados na estrutura pós-moderna.

Essa problemática propicia, e sempre propiciou, muita discussão quanto a legitimidade/competência não só para a criação do Direito¹³⁹, como também no que tange a sua interpretação e aplicação, celeuma que permeia o mundo jurídico, em especial no que diz respeito a divisão e/ou separação¹⁴⁰ dos poderes¹⁴¹ constituídos¹⁴². Nesse sentido a temática

¹³⁶ Após a conquista do sufrágio universal, se ainda é possível falar de democratização, esta deveria revelar-se não tanto da 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 a 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 direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 27 e 28.

¹³⁷ 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: Max Limonad, 2003. p. 60.

¹³⁸ Logo a democracia entendida como *garantista* significa o *Estado de Direito* munido tanto de direitos liberais (*direitos de*) como de direitos sociais (*direitos a*), próprios, estes últimos, dos Estados intervencionistas como o Brasil, não obstante, na prática, constituírem-se em promessas (retóricas) songadas. (grifo do autor). ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

¹³⁹ A conduta humana é ainda regulada num sentido positivo quando à um indivíduo é conferido, pelo ordenamento normativo, o poder ou competência para produzir, através de uma determinada atuação, determinadas consequências pelo mesmo ordenamento normadas, especialmente – se o ordenamento regula a sua própria criação – para produzir normas ou para intervir na produção de normas. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 17.

¹⁴⁰ Constitui a divisão de poderes, como veremos, técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade. Ao genial Montesquieu deve-se a sua mais acabada formulação, mediante aquela teoria que tanto prestígio granjeou nos áureos tempos do constitucionalismo clássico, e que hoje, sujeita, já, a consideráveis retificações que lhe atenuaram a rigidez inicial, é fórmula severamente combatida pela moderna e avançada teoria política do constitucionalismo democrático, a qual, todavia, não lhe recusa a importância e o papel histórico que desempenhou. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 44.

¹⁴¹ Poder constituinte se revela sempre como uma questão de ‘poder’, ‘de força’ ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma constituição entendida como lei fundamental da comunidade política. [...] Hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo, na atualidade, se entende como uma grandeza pluralística, formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadoras de interesses, ideais,

relativa as Fontes do Direito, reprecisa velhos ranços fruto da dicotomia Direito Natural e Direito Positivo¹⁴³, o que é feito não só no momento da criação como, também e principalmente, no momento de sua interpretação e aplicação, ressaltando a importância de terminologias que descrevem a existência, ou não, de limites dos poderes constituídos, esbarrando em importantes temáticas, dentre elas, legitimidade, legalidade, competência e separação/divisão de funções.

Para o estudo em comento, apresenta relevante interesse as discussões alicerçadas nas teorias filosóficas contemporâneas que fundamentam e/ou criticam a legitimidade das decisões judiciais, restando importantíssimo esclarecer/distinguir terminologias como poder arbitrário¹⁴⁴ ¹⁴⁵ (ilegal e/ou inconstitucional), poder discricionário¹⁴⁶ e/ou poder vinculado¹⁴⁷.

crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 65-66.

¹⁴² Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial), estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 112.

¹⁴³ Por conseguinte, a metafísica cartesiana não implica apenas a exclusão do antigo direito natural clássico. Ela impõe ao pensamento jurídico moderno suas duas novas direções: racionalismo e naturalismo. É até mesmo a explicação, a razão de ser filosófica dessa diversidade de doutrinas, ou mesmo das contradições do pensamento jurídico moderno. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. p. 607.

¹⁴⁴ Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*. CAPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. p. 24-25.

¹⁴⁵ A partir do século XX, o princípio do contraditório voltou a ser revalorizado, especialmente por meio de Carnelutti, Satta e Fazzalari, na medida em que ficou evidenciado, ainda mais, o caráter dialético, dialógico do processo, numa relação simbiótica entre partes e juiz. Desde essa perspectiva, pois, é oportuno destacar a acertada advertência realizada por Carlos Aberto Alvaro de Oliveira, segundo a qual o contraditório é um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz. RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. *In*: STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 58-59.

¹⁴⁶ [...] Idenfiticada a real importância da efetividade na construção do Estado Democrático de Direito e sua extensão nas diversas áreas do poder, podemos concluir que pelo seu valor a efetividade se nos apresenta como *postulado*, pois como a opinião de Humberto Ávila, os postulados normativos “são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 81.

¹⁴⁷ [...] Observe-se nesse contexto, que a “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda, sendo muito comum essa junção ser feita a partir da tese – explícita ou implícita – de que a interpretação (ou a sentença) é “um ato de vontade”, reconstruindo-se, assim, o discricionarismo/decisionismo sustentado por Kelsen na sua *Teoria Pura do Direito* [...] Ora, por tras desse “vício de origem”, da “metodologia do direito” está a velha discricionariedade (espaço ocupado pela razão prática nos “casos” de insuficiência da “plenitude” da razão

Reconhecidas como democraticamente legitimadas para a concretização (efetivação/aplicação) dos avanços jurídicos proporcionados pela modernidade, assume posição polêmica no que diz respeito a competência para a criação do Direito¹⁴⁸.

Para a corrente abraçada pelos processualistas o processo judicial é o meio competente para que os novos atores sociais, mais conscientes de seus direitos, perpassando a simples ideia de democracia formal (sem excluí-la¹⁴⁹), exercitem a democracia participativa o que, para os adeptos da corrente em questão (monistas), propiciaria significativa ampliação da legitimidade e competência processual quando da criação (*ius facere*) de um Direito fruto de uma democracia participativa¹⁵⁰, procedimento que teria como respaldo/segurança o livre acesso ao judiciário, o contraditório e a ampla defesa. Com fulcro nessa corrente, conhecida por Ativismo Judicial, o processo deveria ser reconhecido como um importante mecanismo de participação democrática, momento em que os novos atores sociais seriam os responsáveis

teórica), que, não por acaso, *é o que sustenta o principal inimigo do direito democrático; o positivismo jurídico*. [...] A discricionariedade que combato é a do *sub-jectum*, que *dis-põe* dos sentidos do direito, como se fosse “proprietário dos sentidos”, e dos “meios-de-produção-dos-sentidos”, circunstância que a aproxima das teses pragmáticas em geral, em que o caso concreto é transformado em alibi para voluntarismos, a partir de de um “grau zero de significado”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34; 57; 67.

¹⁴⁸ O que deve ficar claro é que a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática. Norma é um conceito interpretativo. Portanto, deve-se ter presente que a normatividade emerge de um quadro factual constituído por regras e princípios. O problema, então, aparecerá ao pretender deduzir os princípios e as regras de um conceito semântico de norma. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 68.

¹⁴⁹ O vértice da democracia ainda é o povo, contudo dilatado em sua acepção originária. Esse ideário de povo deve, necessariamente, ser compreendido em qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados, protegido pela possibilidade de apreciação de seus conflitos e, preponderantemente, como novo partícipe na realização concreta da seara política. A partir daí observaremos que não se pode mais mirar a democracia unicamente sob a perspectiva procedimental, como pretendia Bobbio, posto que ela vai muito além do mero voto nas urnas a cada período eleitoral determinado e tão pouco importa na simples manutenção das regras do jogo, já que é dinâmica e se cria diretamente pela *praxis* [...] Onde estaria a legitimidade democrática do judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas do poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito realmente é criado, e não na lei. Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99; 104-105.

¹⁵⁰ Destarte, a democracia participativa avulta para destacar o papel não só de maior inserção do indivíduo nas escolhas administrativas e legislativas, mas também e principalmente a partir do âmbito judicial, pois o acesso ao Poder Judiciário é irrestrito, bastando lesão ou simples ameaça ao direito para que este abra suas portas ao indivíduo, ao povo – assumindo este a conotação ampla anteriormente exposta. Essa abertura, por assim dizer, cria para os indivíduos em sociedade a possibilidade de exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva, o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

por uma reestruturação processual (colaboração retroativa), sistemática que permitiria, ao juiz, certa discricionariedade (*ius facere*) passando a criar direitos (Judiciário como Fonte do Direito¹⁵¹). O Juiz, deixando de lado a função declarativa (*ius dicere*) da *lex*, assume papel relevante (protagonista) na criação do *ius*¹⁵² (*ius facere*), eis que legitimada pelo processo democrático participativo. Nesse sentido a lei, regra geral e abstrata, seria criada pelo Poder Legislativo e o Direito, norma individual e concreta¹⁵³, seria fruto da criação jurisprudencial, sendo ela responsável por criar o direito (normas individuais e concretas)¹⁵⁴.

Isso se dá em virtude de que, na concepção dos processualistas, os textos legais representam atos desfigurantes de uma democracia formal/representativa, acorrentando/neutralizando o poder judiciário (*ius dicere*), isso pelo fato de configurar um direito abstrato/artificial/desconexo com a realidade/rítmo revolucionário dos conflitos que permeiam a sociedade. O presente estudo, compactuando com grande parte dos elementos que compreendem a teoria em comento (processualistas) objetiva, perpassando a ideia de centralização da decisão na figura/mão dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e/ou Judiciário/Juiz), ampliar o debate no tocante a temática em questão, o que será feito ao

¹⁵¹ A legitimidade da justiça constitucional da democracia implica na descrença dos representantes eleitos, considerando-se o juiz como uma alternativa menos pior. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 324.

¹⁵² *LEX 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 lei não é maior nem menor que o direito, e muito menos igual; trata-se de diferença essencial, que os faz heterogêneos e insusceptíveis de análise conjunta: não pertence ao direito-ciência o estudo de tal lei, mas ao capítulo da política, referente à teratologia. MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 3: Introdução à ciência do direito, p. 289-290.

¹⁵³ Em primeiro lugar, quando nossa fórmula exige a manutenção dos direitos adquiridos, com isso deve-se entender as relações jurídicas de uma pessoa determinada, isto é, as partes constitutivas do domínio em que a vontade individual exerce sua independência e não as qualificações abstratas de todos os homens ou de uma classe da sociedade. SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do direito romano atual**. Tradução Cirio Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. v. 8, p. 305.

¹⁵⁴ Também, no direito alemão, o princípio resulta da posição livre em que o nosso Código Civil coloca o juiz: essa liberdade resulta da consciência de que o poder legislativo é insuficiente e da confiança tanto no conhecimento da vida pelo juiz, como na sua capacidade para ponderar e julgar os interesses da comunidade jurídica. Essa confiança é expresamente afirmada em inúmeros casos, pelo emprego das chamadas normas em branco ou palavras em branco e pelas referências aos bons costumes ou aos usos da vida. HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947. p. 235-236.

discutir os elementos estruturantes das terminologias, até então, apresentadas no sentido de legimar o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e/ou o Juiz (democracia representativa/participativa verticalizada).

É com esse desiderato que a Tese apresenta como reestruturação democrática a ideia¹⁵⁵ de uma democracia participativa horizontalizada, expediente que (conforme restará demonstrado em momento oportuno) legitimaria (como decisão) a construção de respostas sociais fundamentadas fática e fenomenologicamente quando do objeto do debate processual (contraditório e ampla defesa) e não, somente, argumentadas e/ou motivadas (silogismo/solipsismo) técnica/formal/procedimentalmente pelo poder constituído (Juiz). Trata-se do reconhecimento de um quarto (e principal) poder constituído (democracia horizontal) pela jurisdição no momento da criação do objeto do debate processual que (pelo contraditório e pela ampla defesa), como resposta social (construção compartilhada) transformará a contribuição jurídica dos partícipes em fundamento de uma decisão (policêntrica), deixando ela de ser uma função do juiz (inquisidor/dispositivo) mas uma atividade tripartite em que resta configurada pelos fatos e fundamentos desvelados pela hermenêutica filosófica e não mais pela simples vontade (solipsismo) de quem quer que seja (limites à discricionariedade e a arbitrariedade). Para tanto, como pretensa resolução dos conflitos existentes entre substancialistas e procedimentalistas, o presente estudo pretende apresentar a decisão como elemento configurador desse novo anseio social, deixando de discutir protagonismos dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário/Juiz) para que esse protagonismo passe a ser das partes quando da construção compartilhada/policêntrica da decisão, esta construída de forma participativa (partes interessadas – democracia horizontalizada) e não mais apenas pela figura do juiz (apenas mais um dos vértices da democracia representativa/participativa verticalizada).

Objetivando superar esse descompasso cronológico, a Decisão Judicial deve desvelar os problemas sociais em busca de novos direitos, estrutura social respaldada pelo contraditório e pela ampla defesa, como legítimos propulsores de uma Jurisdição Democrática/Dinâmica pautada em um jogo igualitário e responsivo, momento em que, pela hermenêutica filosófica jurídica utilizar-se-ão dos elementos fáticos e fenomenológicos que

¹⁵⁵ Mas senhores, os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas [...] Já se vê quando vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber tudo. O saber de realidade, quanto mais real, mais desconfia, assim do que vai apreendendo, como do que elabora. BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 44.

permeiam o contexto social para concretizar direitos legitimados pelo contexto histórico em que restam inseridos, reafirmando a importância do ser (relação sujeito/sujeito) em detrimento de um dever ser (relação sujeito/objeto) estático e atemporal.

Para tanto, necessário se faz (evitando protagonismos) reposicionar os sujeitos do processo dadas as suas particularidades existenciais, o que deve ser feito ao ressignificar o dispositivo¹⁵⁶ pela Jurisdição Compartilhada em busca de uma Decisão Eficaz, passando de monocrática à policêntrica.

Nesse contexto, os processualistas^{157 158}, no tocante a temática, muito embora se reportem a democracia como sendo participativa, ou seja, um mecanismo que, perpassando a democracia formal¹⁵⁹, correspondente a efetiva participação popular na criação do direito, matém (de forma vertical) a legitimidade do resultado a ser construído (criação do direito) como fruto do objeto do processo judicial¹⁶⁰, ou seja, aceitam a discricionariedade e, por sua

¹⁵⁶ La depreciación del principio dispositivo y de congruencia estará ligada también a la idea de que la decisión judicial trasciende a las partes procesales, con lo cual se subvierte, además, el principio de los efectos *inter alias* de la decisión. Al definirse la *litis* a partir de un todo o interés colectivo que comparten ciertos afectados que no son actores procesales, estos últimos aparecerán también como destinatarios directos de los efectos regulativos de la sentencia. PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 2013. f. 23. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

¹⁵⁷ Muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas e Garapon, apresenta consideráveis divergências com a tese substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, em alguma medida por Dworkin e no Brasil explícita ou implicitamente, por juristas como Paulo Bonavides, Celso A. B. de Mello, Eros Grau, Fábio Comparato, Clemerson Cleve, entre outros. STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40.

¹⁵⁸ Por tudo isso, o processo hoje só pode ser compreendido dentro de sua dimensão democrática, como espaço público para os debates, razão pela qual conceituamos processo como “*um espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos*”. Enfim, podemos concluir com Trocker que o contraditório, modernamente, deixou de ser puramente “la difesa intesa in seno negativo” e passou a significar a “influenza intesa como ‘Mitwirkungsbefugnis’ (Zeuner) o ‘Einwirkungsmöglichkeit’ (Baur), ossia come diritto o possibilità di incidere attivamente sullo svolgimento e sull’esito del giudizio”. RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 45.

¹⁵⁹ Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democratização da direção política, o que ocorreu com a instituição dos parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade. BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010. p. 156.

¹⁶⁰ Quanto ao primeiro campo de investigação, desejo antes de tudo recordar que a própria expressão direito judiciário (“*judiciary law*”) foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, “*embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito*”. A reprovação de Bentham era motivada pelo fato de que ele via (e acentuava) sobretudo o “vícios” do direito judiciário: sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade de verificação [...] Não há dúvida de

vez, o Protagonismo do Juiz. Nesse sentido, a decisão judicial, deixando de ser fruto de uma jurisdição pautada apenas em um *ius dicere (lex)* própria do Estado Moderno (procedimentalismo) passa a ser pautada em um *ius facere (solipsismos)* próprio do Estado Constitucional (substancialismo), contudo, ambos pautados em modelos democráticos verticalizadores (concentração de poder na figura do Estado, o primeiro Legislador e o Segundo Juiz). Objetivando superar esses modelos propostos a Tese compreende a necessidade de que a Decisão passe a ser fundamentada por um debate (diálogo fático/fenomenológico) que, pela democracia¹⁶¹ horizontalizada (poder compartilhado¹⁶²), legitime o resultado da resposta social construída de forma coletiva por ser ela, agora, policêntrica (*auctoritas*).

Diante do exposto resta evidente, para a compreensão do atual momento jurídico brasileiro, a necessidade de estudo das transformações políticas e jurídicas relativas ao constitucionalismo contemporâneo e a Jurisdição no Estado Pós-Moderno objetivando, se é que será possível, estabelecer o perfil que lhe é inerente¹⁶³. Para tanto, buscar-se-á compreender a relação existente entre os procedimentos estabelecidos para a criação, interpretação e aplicação do ordenamento jurídico estatal, levando em consideração a ideia de

que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contraditório, constitui característica *quo ad substantiam* da jurisdição, como se viu no § 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública”. CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. p. 17-18 e 100.

¹⁶¹ Ele, o processo, se constitui o mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia. É através dele, o processo, que “os cidadãos revelam ser *sujeitos práticos* justamente pela praxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

¹⁶² A hermenêutica dos textos – exercício cotidiano do jurista – contribui eficazmente para essa ligação intemporal: não é o juiz chamado a decidir casos de hoje com a ajuda de textos de ontem, tendo simultaneamente em mente o precedente que a sua decisão poder representar para amanhã? Reinterpretando doutrinas antigas a luz de questões de hoje, dá vida a soluções que não tinham esgotado todas as suas promessas; traçando novas vias com a ajuda de textos normativos, restitui a tradição a sua verdadeira dimensão: o poder de transmitir mundos possíveis [...] Dar lugar ao *Kairos*, o instante criador, no seio do tempo social, é reconhecer que o tempo em uma sociedade aberta não é regular e uniforme; é admitir que ele seja percorrido de hesitações, atravessado de incertezas, empurrado por acontecimentos imprevistos, e isso nomeadamente porque reconhece o conflito que não procura ocultar. A democracia, como é sabido desde Claude Lefort, é o regime marcado pela indeterminação das duas certezas e que, conseqüentemente, faz das duas divisões uma força – o impulso necessário à procura deliberativa e ininterrupta do bem comum. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget: Éditions Odile Jacob, 1999. p. 32.

¹⁶³ Assim se dá com as coisas do Estado: conhecendo-se os problemas com antecedência, o que não é dado senão aos homens prudentes, rapidamente são curados: mas, quando por se ter ignorado, se têm deixado aumentar, a ponto de serem conhecidos de todos, não haverá mais remédio aqueles males. MACHIAVELLI, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2011. p. 21.

legitimidade democrática¹⁶⁴ não só dos poderes contituídos, mas, em especial, dos novos atores sociais (horizontal) que permeiam essa nova realidade fruto de uma Jurisdição que se pretenda verdadeiramente democrática.

Objetivando ampliar as discussões relativas ao tema proposto pelos processualistas, buscar-se-á compreender o significado e influências do diálogo existente entre a ciência política e a filosofia jurídica no âmbito da legitimação democrática que enseja a suposta competência para a criação, seja da lei, seja do direito, procedimento este que leva à necessidade de clareamento/estudo dos reflexos da relativização, ou não, do termo soberania (divisão/separação/limites do poder). Para os processualistas que defendem o processo como um mecanismo de participação democrática (para a criação do direito), o ato criativo se daria pelo Processo pautado na autoridade do Estado Constitucional que confia ao Juiz esse poder (divisão e não mais separação dos poderes constituídos) discricionário quando da interpretação a ser desenvolvida no objeto do processo (democracia participativa vertical). Para o presente estudo a autoridade, de forma diversa dos modelos apresentados até o presente momento, estaria na Decisão Policêntrica (Democracia Participativa), momento em que o resultado produzido pelo objeto do debate processual, para que reste legitimado, deve ser fruto do efetivo reconhecimento/participação das partes (poder compartilhado e não mais mera divisão e/ou separação dos poderes constituídos), sendo ele não só o novo *locus* da participação democrática mas, em especial, o fundamento de uma decisão horizontalizada. Trata-se da Transição da Entrega de uma Tutela Jurisdicional do Estado (Legislador/Constituinte/Juiz) para a Construção de uma Tutela Jurisdicional pelos partícipes sociais (Verdadeiros Cidadãos).

Conforme buscar-se-á demonstrar no presente estudo a distinção, quanto a legitimidade das decisões judiciais, está no modelo de Estado que impacta em filosofias jurídicas diversas, sendo que para o Estado Moderno, pautado pela democracia representativa,

¹⁶⁴ A nossa insisência em discutir o paradigma da “processualização contextualizada” explica-se pelo fato de ser amplamente aceite hoje em dia e de muitas características empíricas da regulação jurídica contemporânea darem crédito às suas análises. A vigilância impõe-se tanto mais quanto partilhemos as premissas dessa abordagem: já o dissemos, o direito é processual por natureza – verdade que se confirma ainda mais num complexo político em que o “indecidível faz sentido” (incerteza científica e indeterminação política). Consequentemente, a questão pertinente não é saber se o direito é processual ou não, mas antes “saber que versão do modelo processual nos parece mais fiel aos ideais de emancipação que continuam a animar o projeto democrático [...] Referida essas promessas, as de um tempo longo que instituí o futuro comum, a participação dos cidadãos revelar-se-á uma reinvenção bem vinda das instituições democráticas; sem elas, fechada no universo normalizado de um vida social sem conflito (aparente), sem princípio e horizonte, a processualização constitui a base do tempo subdeterminado do mercado [...] Platão acrescenta: “quando se delibera sobre a política, *onde tudo se assenta na justiça e na temperança*, temos razões para admitir toda a gente, pois é preciso que toda a gente participe na virtude civil; caso contrário, não há cidade. OST, França. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget: Éditions Odile Jacob, 1999. p. 422-423.

o Poder Judiciário é legitimado com a função jurisdicional atinente apenas ao *ius dicere* passando, no Estado Constitucional, a ser compreendido em uma nova roupagem democrática substancial possibilitando o famigerado *ius facere*, instituto que confere às decisões judiciais significativa amplitude (discricionariedade/arbitrariedade e/ou solipsismo). É apenas no Estado Pós-Moderno (democracia participativa) que a decisão passa a ser permeada pela figura do cidadão ativo que objetiva, pela jurisdição, não só concretizar leis (*lex*) mas, em especial, constituir novos direitos (*ius*) como fruto de um diálogo fático e fenomenológico (contraditório e ampla defesa) que apresenta-se como fundamento jurisdicional de legitimação dos resultados sociais fruto da efetiva participação dos sujeitos de direito no fundamento e deslinde do feito (*autorictas*).

Nesse contexto, para os processualistas, que ainda aceitam a função jurisdicional como *potestas* (democracia participativa, mas, ainda, verticalizada), esta muito embora constituída pelo jogo democrático processual quando do exercício conflitológico (contraditório¹⁶⁵ e ampla defesa) seria uma função estatal de legitimidade (democracia representativa) do Juiz¹⁶⁶ (Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado). Assim, muito embora perpassem o ideal moderno de subsunção dos direitos subjetivos estáticos e anacrônicos (*ius dicere*) compreendem a Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado como uma função discricionária do Juiz que, pela interpretação, criaria direitos (*ius facere*) pautados na faticidade e fenomenologia fruto da dialética, mantendo, nesse contexto a verticalização democrática própria de uma relação sujeito/objeto. A presente Tese, conforme restará demonstrado no decorrer do estudo proposto aproximando-se, em parte, dessa linha de raciocínio, apresentará objeções quanto a suposta discricionariedade quando da função jurisdicional. Esse posicionamento resta escudado na compreensão de que a verdadeira democracia participativa deve ser horizontalizada, momento em que o objeto do debate processual transformar-se-á na ágora, movimento democrático que permitirá o desvelamento fático e fenomenológico da *práxis* (e não apenas, mas também, das regras pelos princípios) para a configuração de novos direitos, o que deve ocorrer de forma compartilhada (vinculado às partes – descentralização do poder) e não discricionária (juiz –

¹⁶⁵ 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 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. ¹⁶⁵ 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: Forense, 2000. p. 142.

¹⁶⁶ A dogmatização da boa fé no âmbito processual, art. 5º CPC, veio contida em uma cláusula geral, com nítida ampliação de poderes do juiz para conformar o texto legal às peculiaridades concretas do caso posto a julgamento. RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário aos artigos 1º a 12º do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinela (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1 a 317, p. 102.

centralização do poder), elemento fundamental para e necessária legitimação e eficácia dos resultados sociais que devem ser colhidos de uma decisão policêntrica (participativa), expediente que propiciará a transição do(a) mero(a) silogismo/motivação/argumentação (*ius dicere/facere*) em prol da fundamentação hermenêutica filosófica (*auctoritas*).

Nesse contexto democrático a Jurisdição Compartilhada, deixando de ser apenas um instrumento jurídico arcaico/servo do(a) Silogismo/Motivação/Argumentação Discricionariedade e/ou Arbitrariedade, transforma-se em um fenômeno jurisdicional (social/político/jurídico¹⁶⁷), momento em que a simples legalidade e/ou competência formal (que quando abstrativizados ensejam solipsismos), sem serem espancados do sistema, cedem espaço para uma legitimidade, não do poder judiciário e/ou juiz, mas, da decisão que, deixando sua verticalidade, próprias dos Estados Moderno/Constitucional, resta construída por uma Jurisdição Horizontalizada (coletivizada/participativa), sistemática fundamentada pelo contraditório e pela ampla defesa quando do objeto do debate processual. Para tanto, a democracia participativa apresenta-se, no Estado Pós-moderno, como um importante legitimador desse novo modelo de construção social de um direito vivo¹⁶⁸, momento em que a Jurisdição transforma-se em um valoroso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade, apresentando-se como um importante *locus* de reconhecimento da dinâmica social¹⁶⁹ dimensionada pelas partes quando de um verdadeiro (não simulado) jogo democrático uma vez que nele passa a existir um equilíbrio de forças entre as partes (descentralização do poder), ensejando um compartilhamento de poder que, quiça, acarretará em uma eficaz decisão policêntrica.

¹⁶⁷ [...] 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. ALCOLA-ZAMORA, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 1991. p. 233-234.

¹⁶⁸ O Processo não deve ser visto de forma rigorosa como mera abstração elaborada pelo Poder Legislativo, deve-se realmente ressaltar a sua realidade, que com esta faz nascer o direito que se representa como “[...] **meglio difendibile nella riflessione teoretica e nell’esperienza pratica una prospettiva processuale**”. MORO, Paolo (org.). **Il diritto come processo**: principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano Franco Angeli S.R.L., 2012. p. 14.

¹⁶⁹ Superação 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. (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95-96.

A instrumentalidade processual, pautada pelo formalismo racional do Estado Moderno e Substancial do Estado Constitucional, tornou equidistante a relação intersubjetiva de interesses criando uma relação sujeito/objeto, em especial pelo fato de o judiciário, utilizando-se do silogismo e/ou da filosofia da consciência, conceber o processo como um instrumento vertical mecanizado/neutro e/ou solipsista de Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (*potestas*). É nesse contexto social que exsurge a democracia participativa (jurisdicional) com o intento de, perpassando o instrumentalismo formal/procedimental, constitucionalizar/democratizar a decisão judicial, permitindo (nela/por ela) a construção de uma relação humanizada sujeito/sujeito, em que as partes tornam-se responsáveis pela construção (horizontal) de um direito dialogado, pretensão essa demonstrada pelo Novo Código de Processo Civil ao constituir, em seu bojo, o princípio da Cooperação Processual procedimento que, propugnando a ampliação do contraditório e da ampla defesa, concede um importante espaço jurídico (objeto do debate processual) para que os cidadãos possam exercer a democracia (participativa/horizontal) em busca de concretização das pluralidades sociais que marcam o direito pós-moderno, momento em que a jurisdição, pelo processo, viabiliza a necessária democracia participativa (*autorictas*).

Esse novo modelo processual, que reconfigura a democracia ao perpassar o modelo representativo em busca do participativo, rompe com o formalismo exagerado em suas linhas estruturantes¹⁷⁰, deixando de ser mero instrumento da democracia formal para constituir-se em importante tabuleiro de jogos democráticos legitimados pela efetiva participação dos cidadãos ao responsabilizarem-se pela construção de mecanismos de socialização de um poder que, deixando de ser exclusividade estatal, movimenta-se do vertical para o horizontal, expediente que permite diferenças terminológicas entre poder judiciário (soberania estatal), poder dos juízes (filosofia da consciência) e poder decisório¹⁷¹ (soberania democrática

¹⁷⁰ A 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. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684.

¹⁷¹ O 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*

popular/participativa), apresentando-se como importante ferramenta de inibição de discricionariedades e/ou arbitrariedades, instituindo um verdadeiro espaço de transformação social, política e jurídica, fundamentado e escudado (sempre) pelos/nos direitos e garantias humanas/fundamentais.

Com esse desiderato, nos moldes do já proposto pelos processualistas, ao Processo Pós-Moderno deve restar instituído seu caráter prático, apresentando-se como a autêntica expressão da hermenêutica fática fenomenológica, uma vez que é nele que o jogo democrático resta materializado pelos fenômenos sociais, momento em que são analisados os fatos e desveladas as pretensões das partes objetivando construir uma resposta eficaz uma vez que fruto de uma decisão policêntrica, procedimento que propicia um novo olhar democrático da Jurisdição, apresentando novo significado ao termo cidadania (da Democratização do Estado, da Sociedade e do Processo à Democratização da Jurisdição), uma vez que revigorada a autonomia e responsabilidade participativa do sujeito de direitos (verdadeiros cidadãos)¹⁷².

Esse novo contexto jurisdicional, plasmado pela ótica Democrática, traz a lume os ideais sociais/coletivos como reflexo de uma busca horizontalizada permeada pelos anseios de sujeitos ativos, deslocando o protagonismo do Poder Judiciário para o Protagonismo dos Novos Atores Sociais que, sendo parte interessada (ativa/responsiva), concretizam direitos de forma dinâmica pela jurisdição quando da construção de uma atividade jurisdicional policêntrica. A Democracia Participativa em sua ressignificação propõe o rompimento do sistema pautado em silogismos/solipsismos concedendo às partes e a/na Decisão posição de destaque, tornando-as protagonistas/ativas nos moldes do proposto pelas recentes reformas, momento em que o Contraditório e a Ampla Defesa, pauta dos processualistas, expressam a necessária reestruturação democrática da construção de um resultado social policêntrico.

O princípio da Cooperação^{173, 174} que no presente estudo resta compreendido como participação, é apresentado ao mundo do direito com o intuito de dinamizar a construção dos

*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.*

¹⁷² El hombre es un animal hermenéutico, porque habla, y por eso mismo la filosofía hermenéutica re-encuentra la unidad del hombre consigo mismo y con el mundo. D'AGOSTINO, Francesco. Interpretación y Hermenéutica. **Persona y Derecho**, Navarra, n. 35. p. 43-44, 1996. Disponível em: http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf. Acesso em: 19 dez. 2018.

¹⁷³ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (Lei 13.105/15). BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 19 dez. 2018.

novos direitos, o que é feito no intento de superar o racionalismo formal do processo vertical/neutro/discricionário forjado no seio do Estado Moderno e o solipsismo do processo vertical/valorativo/arbitrário do Neoconstitucionalismo. Assimilando o ideal constitucional substancial do pós guerra, em especial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), restou compreendida a necessidade de reestruturação/reorganização do ideal de justiça, propiciando a busca de novos direitos no interior de um novo modelo jurisdicional que permite às partes participarem de forma efetiva de um jogo, agora, verdadeiramente democrático uma vez que legítimo. Assim, no Direito Pós-Moderno a decisão, deixando de lado a simplicidade do silogismo pautado em premissas (respostas dadas – pré-conceitos) e/ou arbitrariedades de atos volitivos (respostas subjetivas – solipsismos), permite que os partícipes dialoguem pelo contraditório e pela ampla defesa (respostas construídas – pre-compreensão) transformando a jurisdição no *locus* de uma nova democracia (participativa), estrutura em que, como narrado, a resposta passa a ser construída pelas partes e não mais de forma individualizada/centralizada pela figura de um juiz. A legitimidade está na decisão e não mais no Poder Judiciário e/ou Juiz (solipsista/discricionário/arbitrário). O Contraditório¹⁷⁵, nesta nova fase, assume um caráter legitimador de uma Democracia Participativa Horizontalizada, estruturada/garantida pela efetiva participação dos construtores/destinatários dos efeitos da sentença produzida de forma compartilhada no contexto do objeto do debate processual¹⁷⁶, elementos que destacam o caráter democrático da jurisdição.

Para Miguel Reale¹⁷⁷ as experiências históricas são elementos importantíssimos no desvelar das realidades sociais em busca de novos direitos, uma vez que materializadas pelos reais interessados quando de sua efetiva participação democrática, ou seja, pelo modelo proposto restariam superadas as dialéticas sofistas fruto dos silogismos pautados pela *pseudo*

¹⁷⁴ Cooperação: <do latim *cooperationes*>S.f.: 1. Ato ou defeito de cooperar 2.coo.associação entre duas espécies **que, embora dispensável, traz vantagens para ambas**. COOPERAÇÃO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 545.

¹⁷⁵ Colaboração: <de colaborar, mais ação> S.f.: 1.Trabalho em comum com uma ou mais pessoas; cooperação. COLABORAÇÃO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 494.

¹⁷⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. por Eliane Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 119-120.

¹⁷⁷ La dialettica processuale risulta, pertanto, fonte di diritto; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionale anche, e soprattutto, alla determinazione della norma della norma giuridica pre-posta al caso in giudizio (tanto da non rappresentare il processo negli angusti spazi dall'applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che proprio nel processo, caratterizzato dall'incedere dialettico, non solo si scorga e si individui la norma regolatrice, ma anche che nello stesso processo, in grazie all'attività dialettica delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, ovvero creata. MORO, Paolo (org.). **Il diritto come processo: principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista**. Milano: Franco Angeli S.R.L., 2012. p. 92.

imparcialidade/neutralidade próprios de uma relação sujeito/objeto gestada no Estado Moderno. Pela Colaboração¹⁷⁸, compreendida no presente estudo como participação, exsurge a possibilidade de uma significativa contribuição popular na unidade constituída a partir da correspondência¹⁷⁹ que une os partícipes quando da construção da decisão (policêntrica), permitindo a necessária humanização do direito em busca de novos modelos de solução de conflitos¹⁸⁰, próprios de uma relação sujeito/sujeito travadas no mundo real¹⁸¹ que, na quase totalidade das vezes, resta equidistante dos gabinetes e telas que permeiam o aclamado processo digital.

Diante do exposto, a Jurisdição Democrática Pós-Moderna apresenta o conflito como sendo o gatilho para construção horizontal e participativa de novos direitos, momento em que os partícipes, deixam de apostar na visão democrática vertical do processo, em que o judiciário, na figura do juiz, seria o único e exclusivo responsável pela solução do litígio. O novo contexto democrático impele às partes o dever de chamar para si o protagonismo¹⁸² da solução do feito, o fazendo pelo princípio do contraditório, uma garantia de que, pelo diálogo

¹⁷⁸ Essas 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. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71 e 79-84.

¹⁷⁹ O conceito de procedimento com participação em contraditório está umbilicalmente ligado à necessidade de legitimação do poder pela participação. Em outras palavras, o procedimento que garante a participação (logicamente a participação efetiva e adequada), legitima o exercício do poder. Ademais, dizendo-se que o processo é todo procedimento realizado em contraditório, permite-se que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confirma-lo nos quadrantes do instrumento da jurisdição. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 156-158.

¹⁸⁰ 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. 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 (coord.). **Gadamer y las Humanidades**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. v. 2: Filosofía, Historia, ciencias sociales. p. 60-61.

¹⁸¹ 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. PALMER, Richard. **Qué es la hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. p. 167.

¹⁸² 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 pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 56 e 86-87.

(jogo com regras baseadas em perguntas e respostas¹⁸³), as partes restam legitimadas a construir a decisão fundamentada pela reconfiguração jurisdicional, procedimento que impactará/construirá um resultado responsivo, configuração muito diversa da proposta pelos Estados Moderno/Constitucional. Nestes as partes, na qualidade de mero espectador/consumidor¹⁸⁴ declinavam para um terceiro, o Estado (Legislador/Juiz), a legitimidade da decisão, procedimento que propicia decisões jurídicas distantes da realidade fática e que deveria, pelo contraditório, ter permeado o processo.

O Processo Pós-Moderno, destoando dos modelos anteriores, deve superar o “não tão antigo adágio popular” fruto do senso comum teórico de um Poder Judiciário em fase de superação: *dai-me os fatos que lhe dou o direito*. O jogo democrático participativo, com esboço inicial neste tópico, não permite a simples análise fática verticalizada por um juiz pautado em silogismos ou em uma filosofia da consciência, uma vez que a legitimidade democrática exige, nesse novo contexto histórico pós-guerras, a compreensão fática e fenomenológica das complexidades sociais, o que deve se feito no bojo do objeto do debate processual (explicitados pelo contraditório¹⁸⁵ e pela ampla defesa), desvelando nele os fundamentos necessários à resolução coletiva do feito em busca de uma resposta com coerência e integridade¹⁸⁶ (decisão policêntrica horizontal). Para tanto resta premente enaltecer a importância da linguagem, sendo ela a responsável por permitir a compreensão autêntica/ontológica/fática/fenomenológica¹⁸⁷ quando antecedida pela pré-compreensão

¹⁸³ 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. PALMER, Richard. **Qué es la hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. p. 279-281.

¹⁸⁴ Conforme ensina-nos Hannah Arendt, o Poder legitimado somente existe na medida em que os indivíduos se reúnem e desejam viver juntos. Nada é mais perigoso do que a confusão entre Poder e Legitimação. O Poder instituído, dessa forma, não é o que deturpa, mas sim a retirada do espírito participativo por via do poder comum que nele subsiste. A democracia se encontra assim como uma tarefa sem fim no sentido de, a cada instância do Poder, superar uma nova ou possível instância da dominação. Essa separação dentro da figura do Estado ocorre mediante a dialética da forma e da força, que existe nos Estados onde os cidadãos tem o poder para efetivar essa separação. ARENDT, Hannah. **Entre passado e futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016.

¹⁸⁵ [...] el contradictorio es indispensable en el proceso, principalmente a lo que se refiriere a lo interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias [...] CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 157.

¹⁸⁶ [...] metodo di migliore ricostruzione della verità dei fatti, non come garanzia fine a sé stessa in contrasto con la ricerca della verità, essa ha lo scopo di migliorare la quantità di informazioni, e prove attraverso le quali il giudice deve accertare la verità dei fatti. BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione**. 2006. f. 105. (Tese Doutoral) -- Alma Mater Studiorum –Università di Bologna, Corso di Dottorato in Diritto Processuale Civile, Bologna, 2006. Disponível em: http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf. Acessado em: 08 dez. 2018.

¹⁸⁷ 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. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1960. p. 157.

consciente uma vez que “*la dialéctica de la pregunta y la respuesta lleva a cabo una fusión de horizontes*”¹⁸⁸.

Assim, a visão democrática do processo pela reconfiguração do dispositivo em uma jurisdição fruto de um poder compartilhado transforma, pelo exposto, o objeto do debate processual em um importante espaço para o diálogo que, objetivando responder as indagações dos partícipes do jogo democrático¹⁸⁹, de forma viva, ativa e eficaz, institui novos direitos, estes legitimados pelo contraditório no momento da estruturação de uma decisão policêntrica expediente que, quiçá, permitirá a necessária convergência de situações jurídicas diversas, temática que será objeto de uma abordagem mais específica no próximo tópico.

2.2.1 Jurisdição Estruturante e as Vias de Possibilidade de uma Decisão Democrática

Conforme descrito no tópico anterior, a reconfiguração democrática da jurisdição, em busca do reconhecimento da efetiva democracia participativa pelo/no processo, passa a ser o grande mote do Estado Pós-Moderno. É nesse novo contexto, em que os juristas devem resgatar os elementos estruturantes da vida social pela ciência política, que exsurge a ideia de uma verdadeira democratização do direito, esta configurada pela sua concepção horizontalizada, deixando de dissociar política, sociedade e direito. Assim, não mais concebidos como compartimentos estanques, (o)as temas/terminologias em comento serão (o)as grandes responsáveis, quando conjugad(o)as como um só sistema de construção jurídica (jurisdição estruturante¹⁹⁰)¹⁹¹, não só pela superação da dualidade (relação sujeito/objeto) fruto

¹⁸⁸ PALMER, Richard. **Qué es la hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. p. 286.

¹⁸⁹ Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao 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 (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 94.

¹⁹⁰ FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, [S.l.], v. 93, n. 1. 1979; JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017; PUGA, Mariela. **Litígio estrutural**. 2013. 329 f. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

¹⁹¹ Por otro lado, se observa una tendencia que, quizá bajo la influencia de la teoría norteamericana, o la mera pervivencia de viejas doctrinas judiciales que promovían una fuerte deferencia a los poderes políticos, parte de privilegiar el paradigma del litigio bipolar, y delimitar la jurisdicción estructural cuando es el Estado el demandado. El límite propuesto coincide con los confines de las estructuras u organizaciones estatales legalmente predeterminadas. A esta posición la identificaré como la posición “formalista”. [...] Hemos advertido que hay, al menos, dos concepciones en danza respecto a la amplitud de la jurisdicción estructural.

do processo formal/procedimental (Estado Moderno), mas, também/principalmente por, perpassando a ampliação democrática do processo material/substancial (Estado Constitucional), garantir o necessário reconhecimento do protagonismo das partes (relação sujeito/sujeito) quando da solução dos conflitos sociais, estes apresentados quando do objeto do debate processual, o que será feito (proposta da Tese) ao restar resignificado o *locus* democrático, momento em que os partícipes, como verdadeiros cidadãos, passarão a responsabilizar-se pelos resultados jurisdicionais que restarão fundamentados, pelo contraditório e a ampla defesa, quando de uma decisão policêntrica.

Para tanto a democratização jurisdicional, fruto de um Processo Pós-Moderno, transcende o interesse dual das partes, impactando na concepção de um direito transindividual (terceira dimensão), tornando os cidadãos ativos, ou seja, partícipes que, conscientes de sua responsabilidade social, possibilitarão a necessária descentralização do poder (Estado Legislador/Juiz), procedimento garantido pelo contraditório e pela ampla defesa. Estes serão não apenas o substrato responsável pelo fundamento/legitimidade da decisão, como

Mientras la concepción vinculada a los doctrinarios norteamericanos (según se los reseña el capítulo II) se muestra más restrictiva, circunscribiendo el conflicto estructural a los límites de las agencias estatales o a las leyes propias del Estado de Bienestar o de sus instituciones (formalista), otra concepción de derecho público (amplia) es sustentada por una amplia tendencia jurisprudencial ejemplificada en la reseña del punto 3 de éste capítulo. Esta última admite racionalizar el conflicto estructural en formas más amplias. En este marco se observan, en efecto, casos estructurales entre particulares, y casos que involucran a un Estado que no ofrece organizaciones públicas o agencias protectivas predispuestas. En estos últimos casos, la pasividad estatal es reconstruida como un “agravio” estructural, y el relato causal que se presenta responde a todas las caracterizaciones presentadas en el Capítulo I, parágrafos 5 y 6 de esta tesis. En particular, he intentado subrayar que el fenómeno que se observa como litigio estructural está siendo la puerta de entrada de concepciones de lo público que no son necesariamente estatales, al menos hasta su instauración judicial. En los casos en que esas concepciones se presentan como estatales, la jurisdicción estructural (en cuanto artificio performativo del relato estructural) aparece cumpliendo un rol protagónico en la definición y/o redefinición de las capacidades y competencias del Estado. En otras palabras, se mostró que los relatos estructurales ofrecen pretensiones regulativas desde la justicia, las cuales no sólo reafirman valores y formas de organización estatal de lo público, sino que, además, pueden construir y redefinir los alcances de lo público dentro y fuera del Estado. [...] 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**. 2013. f. 168-169, 181 e 191-192. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

desvelarão o grau de autonomia/competência das partes no exercício horizontal de uma democracia verdadeiramente participativa, dinamicidade a ser estruturada/enfrentada, quando da resolução coletiva dos problemas sociais no bojo do objeto do debate processual (jurisdição estruturante).

A visão compartimentada das funções jurisdicionais, remete a lembrança do período da industrialização, época (histórica) própria do Estado Moderno, em que a reestruturação da mão de obra (Fordismo¹⁹²), compartimentou os afazeres, momento em que determinados indivíduos (de forma isolada) passaram a responsabilizar-se por determinadas “partes do processo” (industrialização), procedimento que acabou por impactar na “menos valia”¹⁹³, dos demais partícipes do sistema. Mal comparando, o processo (transição do Estado Moderno para o Estado Constitucional), muito embora tenha reconfigurado (em parte) a participação democrática, assegurando um contraditório mais efetivo, no momento da decisão aceita o Protagonismo do Juiz, mantendo a ideia de Jurisdição Estatal, como se a decisão fosse uma função exclusiva (compartimentada) do Judiciário (Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado), restando excluídos os verdadeiros cidadãos (menos valia). Pela proposta da Tese, muito embora o processo seja o canal pelo qual resta exercida a jurisdição, esta deixaria de ser uma função exclusiva do poder estatal (descentralização do poder). A jurisdição, estruturada pelo contraditório, deve reconhecer que a evolução de separação para divisão de poderes, conquista fruto da transição do Estado Moderno ao Constitucional, no Estado Pós-Moderno, deve transcender a figura deste ente personificado passando a reconhecer, nessa nova divisão funcional, o papel dos cidadãos quando do objeto do debate processual. É pelo objeto do debate processual (horizontalização fruto de uma nova concepção de divisão de poderes/funções) que resta assegurada a verdadeira materialização democrática dos partícipes, momento em que os fenômenos politicamente relevantes (transindividuais) ganham espaço no contexto jurisdicional a ponto de redefinir os rumos da sociedade civil organizada (novos direitos).¹⁹⁴

É nessa perspectiva que o processo, deixando de ser mera relação jurídica (formal/procedimental) entre as partes, apresenta-se como o novo *locus* democrático, momento em que exsurge como condição de possibilidade de uma verdadeira, efetiva e eficaz participação das partes no jogo de poderes (democracia), sistemática que resta legitimada pela

¹⁹² Harvey aponta o que é o fordismo de forma peculiar, para isso compara a sociedade moderna com a sociedade pós-moderna. HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

¹⁹³ Marx em sua obra o capital fala da mais valia e assim nasce a observância da menos valia e seus impactos no âmbito social e econômico. MARX, Karl. **O capital**. Coimbra, 1974. v. 1.

¹⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 56, p. 20-21, 4º Trim. 1987.

releitura constitucional quando, no seu bojo, compreende que a democracia poderá ser exercida por seus representantes ou diretamente, direito este (último) que, até o presente momento, resta sonegado aos cidadãos, sendo esta (proposta da Tese) quiçá, a única (legítima) possibilidade de real participação democrática¹⁹⁵, eis que garantida por uma horizontalização funcional fruto de um processo (pós-moderno) que *es también desde la teoría del derecho, una fuente de creación de una norma jurídica, la sentencia judicial*^{196 197}. É nesse contexto, poder policêntrico, que o direito passa a ser reconfigurado (*IUS*) pela *auctoritas* da decisão, sendo esta, nesse sistema, legitimada pelo contraditório que, pela efetiva participação das partes, apresenta-se como fundamento de uma decisão respaldada por elementos sociais, fática e fenomenologicamente, relevantes (jurisdição estruturante):

La organización política del Estado de acuerdo a los principios democráticos es así acordada en garantía de los derechos de participación política igual: de los ciudadanos y de la libertad que exige que las decisiones que vinculen a la comunidad provengan de ella misma: la opción por el Estado democrático forma también parte del núcleo del pacto por el Estado de derecho porque la democracia responde a las exigencias de la relatividad y pluralidad de los valores existentes en el entorno social y en la propia constitución o a la pluralidad de puntos de vista externos.¹⁹⁸

Quando o presente texto apresenta o processo como condição de possibilidade de uma efetiva e eficaz participação democrática dos partícipes sociais (verdadeiros cidadãos), reporta-se não a sua compreensão Moderna (formal) e/ou Constitucional (substancial), mas, sim Pós-Moderna (participativa) uma vez que, sem espancar os mecanismos formais e substanciais que lhe são inerentes, ao contrário, procura aglutiná-los, os contextualizando quando do objeto do debate processual, permitindo, pela Tese apresentada, uma reestruturação jurisdicional (importância do diálogo), momento em que a decisão, deixando de ser função única e exclusiva do Estado, passa a ser estruturada/compartilhada pelos partícipes sociais (policêntrica¹⁹⁹).

¹⁹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 69.

¹⁹⁶ MONTAÑO BEDOYA, Julia Victoria. Constitucionalización del proceso judicial civil panamericano *In: ENCUESTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL*, 20., 2007, Santiago de Chile. **Anais eletrônicos...** Santiago de Chile, 2007. p. 3-4. Disponível em: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colombia.pdf Acessado em: 09 nov. 2018.

¹⁹⁷ El 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.

¹⁹⁸ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997. p. 66. (Colección Estructuras y Procesos).

¹⁹⁹ A democratização do Estado açou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia

É nessa perspectiva que o estudo em comento, muito embora compreenda a significativa contribuição da luta dos processualistas no sentido de restar reconhecida sua efetiva configuração democrática²⁰⁰, apresenta a necessidade de, perpassando a democratização do processo, garantir a necessária democratização da jurisdição, ou seja, que não apenas a participação nos autos (contraditório e ampla defesa) seja garantida de forma efetiva, mas, sim, que a decisão reste concebida como policêntrica (da divisão dos poderes constituídos ao seu compartilhamento entre as partes no processo e o Juiz). Assim, mais do que a institucionalização²⁰¹ da participação democrática, nesta nova fase deve restar assegurada a sua horizontalização, procedimento que ensejará, pelo menos assim espera-se, um eficaz desvelar dos problemas sociais propiciando, quiçá, um exercício não apenas continuado, mas, também participativo da jurisdição.

Portanto, como narrado, o reconhecimento da efetiva participação democrática (não apenas formal/procedimental e/ou material/substancial) dos partícipes deverá, perpassando o processo (*ius facere*), em que ainda resta reconhecido o protagonismo do judiciário e/ou juiz

constitucional, sim faze-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. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumentos de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo. PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

²⁰⁰ Um juiz ativo no Estado Democrático é, necessariamente, um juiz cooperativo, que colabora com as partes, como existe no processo civil alemão, e que não significa necessariamente que o processo seja colaborativo, pois uma coisa é bem distinta da outra. A colaboração alcança tanto o objeto do debate como o objeto do processo. Cooperar, colaborar quer dizer que autor e réu vão trabalhar juntos com o juiz na construção democrática do resultado em concreto, cada um exercendo o seu papel constitucional na relação processual. E, portanto, as partes terão os mesmos direitos, deveres, obrigações e ônus, razão pela qual a cooperação só poder ser bem compreendida na perspectiva do contraditório. Vale dizer, o processo de ontem não era cooperativo porque o juiz não se valia concretamente da atividade das partes para construir a sentença, elas simplesmente serviam de meio para que o juiz pudesse produzir sua sentença. Elas tinham, pois, um papel de coadjuvantes na criação do seu próprio direito. Com o novo CPC, o processo deve ser cooperativo no sentido de o juiz valer-se efetivamente das atividades praticadas pelas partes ao longo de todo o procedimento para democraticamente, com a colaboração das partes, construir uma decisão judicial mais apropriada. Elas, portanto, no cenário atual não mais serão um meio para legitimar o juiz na realização da sentença. Elas também serão protagonistas, juntamente com o juiz, na criação de seu próprio direito. Por isso colaboram e devem cooperar com o juiz, praticando atos que possam influenciá-lo na construção da decisão, evitando, assim, que o juiz possa decidir solipsisticamente, alheio ao efetivo contraditório. RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário aos artigos 1º a 12º do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinela (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1 a 317, p. 115.

²⁰¹ Assim é que, situando-se na perspectiva política, o processualista moderno vê a estabilidade do poder, o culto à liberdade e a institucionalização da participação democrática como objetivos que legitimam nessa ótica a própria existência do sistema processual e o exercício continuado da jurisdição. Quando se diz, portanto, que o processo é um instrumento, é preciso lembrar que ele constitui meio para a realização de todos os fins da ordem processual, inclusive destes que se situam na ordem política. DINAMARCO, Cândido R. Escopos Políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 124.

(motivação – relação sujeito/objeto), corresponder a necessária contribuição das partes na construção jurisdicional (jurisdição estruturante) o que será feito quando do objeto do debate processual, expediente, pelo contraditório e pela ampla defesa (valorização do diálogo entre as partes e o juiz), responsável pelo desvelar fático e fenomenológico que permitirá o necessário protagonismo dos cidadãos (fundamento – relação sujeito/sujeito) em uma decisão que, nesse novo contexto, resta legitimada (*auctoritas*) não só pela descentralização do poder, mas, em especial, pela efetiva participação/contribuição das partes²⁰².

Como reflexo desse novo contexto social, conforme restará abordado em momento oportuno, perpassando a ideia de eficiência e efetividade, a jurisdição estruturante, pautada nos elementos delineados nos parágrafos anteriores, será responsável não só por uma resposta eficiente (Estado Moderno) e/ou efetiva (Estado Constitucional), mas, sim, eficaz (Estado Pós-Moderno) uma vez que, deixando de configurar uma mera Entrega de uma Turela Jurisdicional que é do Estado, passa a estruturar/construir coletivamente uma Tutela Policêntrica fruto de um exercício democrático verdadeiramente participativo (cidadania), portanto, dinâmico e legítimo.²⁰³

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil e suas reformulações no âmbito procedimental do Processo, a(s) Ciência(s) Processual(is)²⁰⁴ recebem um impacto renovatório, pois restou constatado, a partir da vigência da antiga lei processual, a falência do rigorismo e da negação do ser, exasperadas pela juridicização da vida, horizonte que incidiu na desesperança das soluções jurídicas marcadas pelo caráter de litigiosidade e de ausência de

²⁰² El sistema procesal debe ser reflejo del modelo de Estado de Derecho democrático, o dicho en otras palabras, una de las formas posibles para conocer si un Estado es democrático es examinando el modelo procesal que posee. Es necesario, por tanto, que el modelo procesal incluya la exigencia y la obligación de motivación y fundamentación de las sentencias judiciales. Este aspecto debe estar regulado y contenido en la ley como una exigencia democrática, y no debe dejarse al arbitrio de los jueces la realización o no de la motivación de una sentencia. El constitucionalismo moderno incluye normas que exigen al poder judicial la motivación y la fundamentación de las resoluciones judiciales. No como un derecho de los jueces, de querer o no querer ejercerlo, sino, como un derecho de los ciudadanos y una obligación judicial. BENÍTEZ GIRALT, Rafael. **El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico**. 1. ed. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura: Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. p. 80.

²⁰³ É que, quando escrevemos, em direito democrático, sobre ***cidadania como conteúdo de processualização*** ensejadora de legitimidade decisória, o que se sobreleva é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente, instaurarem procedimentos processualizados à correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão do legislador-político-ordinário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estabilidade constitucionalizada. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 150.

²⁰⁴ PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; JOBIM, Marco Félix. **Teoria, história e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016; FREDIE, Didier. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodvim, 2016; RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J. M. Bosch, 2004.

decisões justapostas aos fenômenos mundanos. O Direito Processual Civil calcado na nova Lei ganha contornos com o efeito da constitucionalização, os quais acentuam um giro democrático vincado em um humanismo que aufere substância junto ao procedimento processual na medida em que este reconhece e exalta os sentidos humanos em pleno ato de existência. A Jurisdição, nesse novo quadro, apresenta-se como como espaço de libertação pulsional das necessidades humanas contrapostas no Ser-para-si, representadas tais necessidades em um existir envolto pela linguagem, expressadas com evidência(as) viva(s) através da psiché, sublimada pela filosofia da consciência.

O modelo processual que vem sendo reconfigurado evidencia que a atual missão do processo rompe com o formalismo exagerado em suas linhas estruturantes, deixando assim de ser concebido em caixas hermeticamente fechadas²⁰⁵ (compartimentos estanques) em que o processo seria um mero instrumento (formalidade) para atingir objetivos procedimentalistas. Notadamente o processo e, principalmente, a jurisdição passa a assumir postura de veículo de realização de valores básicos em consonância com os ditames constitucionais, a fim de constituir-se em um verdadeiro *locus* de transformação sócio-político-jurídico, fundamentado (sempre) pelas garantias e direitos humanos/fundamentais. A onda renovatória imposta pelos efeitos da constitucionalização do Direito passa a delinear um processo mais sensível ao evento mundano trazido à jurisdição ao materializar nos artigos 1º a 12º do Novo Código de Processo Civil institutos fundamentais do processo civil²⁰⁶ – demonstrando uma preocupação

²⁰⁵ A 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. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684.

²⁰⁶ Vale 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

relevante aos valores e princípios constitucionais. A correspondência²⁰⁷ do instrumento aos objetivos (assim formando-se a (co)relação) ou, melhor, entre a Constituição e seu próprio ordenamento processual, se dá mediante as manifestações da jurisdição “en su sistema de principios socio-políticos y técnicos, reconociese que el proceso refleja esta ideología²⁰⁸, así deben tener una formulación amplia, aunque no vaga, con exposición dialéctica de sus pares correspondientes (por ejemplo, lo dispositivo y lo inquisitivo)”.²⁰⁹

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, utopías, intereses económicos, sociales, políticos y estrategias de poder vigentes en determinada sociedad con marcas específicas de tiempo y espacio.²¹⁰

A Democracia mostra-se revigorada com a constitucionalização do Processo Civil a partir da reformulação do novo CPC, a denotar, por consequência, que também o pacto político pode e deve se reordenado a partir da (re)formulação do Direito Jurisdicional²¹¹,

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 evidência 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.

²⁰⁷ Eres 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. MONTERO AROCA, Juan. Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución. **Revista Justicia**, [S.l.], 82, n. 4, p. 10, 1982.

²⁰⁸ MONTERO AROCA, Juan. Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución. **Revista Justicia**, [S.l.], v. 82, n. 4, p. 10, 1982.

²⁰⁹ Vasto estudo é desenvolvido por Víctor Fairen Guillen, apontando os autores: ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «Principios técnicos y políticos de una reforma procesal». **Publicaciones de la Universidad de Honduras**, Tegucigalpa, 1950, *passim*; PRIETO - CASTRO: «Principios políticos y técnicos para una ley uniforme» (Informe presentado al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal), *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1956, II, p. 185 e seg. GUILLEN, Víctor Fairen. **Bases uniformes de legislación procesal**. Bogotá, jun. 1970. p. 153-154. Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal.

²¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes del juez y visión cooperativa del proceso. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, n. 2, p. 131, set. 2004.

²¹¹ Assim o Estado ultrapassa as suas bases estruturantes e passa a ser visto como um Estado Ativo, que reúne todos os seus poderes para dar respostas aos anseios deste novo sujeito. Diante do Processo, o sujeito adquire

diante da necessidade contínua da reflexão acerca dos pressupostos do contrato social e dos princípios e regras que preordenam e estabelecem as normas mundanas fática e fenomenologicamente estruturadas.

É nesse sentido que o Processo deve ser compreendido em seu caráter de práxis, sendo a autêntica expressão da hermenêutica dos fenômenos, pois é no seu desenrolar que os elementos conflitológicos de interesses – importantes/relevantes para as partes que o compõe em busca do bem viver – são materializados em busca de uma resposta policêntrica sendo importante, para tanto, um projeto de Processo que permeie uma Jurisdição Democrática, desmistificando as negatividades gerais que gravitam em torno dos termos multiplicidade, pluralidade e conflito, expedientes que são forjados em um contexto permeado pela existência de cidadãos ativos, muito distante de uma ideia formal/procedimental vivenciada pelo povo ícone/legitimador.

Simbolicamente, 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, 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.²¹²

Assim, a jurisdição resta ampliada na medida em que atende às pluralidades sociais como fruto hermenêutico dos Fenômenos Conflitológicos de Interesses. Para tanto o Processo Constitucionalizado, e revitalizado pelo Princípio da Cooperação, se expressa como elemento transformador de uma cidadania formal (democracia vertical) em substancial e participativa (democracia horizontal) na medida em que resta materializado pelo espírito inovador dos partícipes sociais (verdadeiros cidadãos) ampliando o espaço (objeto do debate processual) para a construção democrática (dialética) de uma decisão compartilhada/policêntrica.

Diante do exposto, e nos moldes do que restará demonstrado no decorrer do presente estudo, a jurisdição estruturante, mais do que (ou tão só) propiciar a horizontalização jurisdicional, em busca de uma suposta resposta democrática, apresenta-se revolucionária²¹³ ao pretender uma nova divisão de poderes, esta não mais (apenas) no âmbito

voz ativa para atuar na democracia participativa para com a realização de um fenômeno conflitológico de interesses em um sentido construtivo, momento em que o Estado-Juiz constrói o processo junto às partes. A cooperação processual é de todo relevante para a absorção deste novo sujeito, e com isso o contraditório também detém crucial fim para a flexibilidade do Jogo Processual em dialética dialogal de caráter *universalizante*.

²¹² GRANFIELD, David. **La experiencia interna del derecho**: una experiencia de la intersubjetividad. México: Iteso, 1996. p. 109.

²¹³ SATTA, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. p. 14.

institucionalizado (poderes constituídos), mas, sim, entre os partícipes processuais, momento em que o protagonismo, que no Estado Moderno estava no Legislador e no Estado Constitucional desloca-se para o Judiciário, agora apresenta-se na Decisão Judicial, devendo esta ser o reflexo do objeto do debate processual (fatos e fenômenos sociais e jurídicos²¹⁴), sem o qual não restará concebida como democrática (portanto ilegítima) eis que apenas motivada e não fundamentada.

2.3 O Contexto Social e sua Relação com o Direito e com a Política: da permeabilidade democrática aos conflitos sociais

No presente tópico será abordada a importância democrática da contribuição social dos cidadãos, momento em que, perpassando a visão moderna de conflitividade dual, própria de um sistema forjado em um período construído com preocupações fruto de uma sociedade de complexidades reduzidas, caminha para um novo contexto, agora policêntrico, necessitando, para tanto, de soluções transindividuais, momento em que novos atores sociais buscam novos mecanismos jurídicos.

2.3.1 Da Ruptura entre a Conflitividade Dual e a Conflitividade Policêntrica: a democracia horizontal e sua permeabilidade jurisdicional

O direito nesse contexto policêntrico, diante da inércia dos poderes constituídos demonstrada pelas inúmeras promessas constitucionais não cumpridas, desencadeou uma significativa corrida dos indivíduos para a porta dos tribunais (livre acesso ao judiciário) o que ocorre em virtude (dentre outras razões) dos inúmeros direitos subjetivos (individuais e coletivos) que, com pouca efetividade, acabam por poluir o imaginário social (senso comum teórico) quanto a ineficácia de um direito idealizado e incapaz de garantir/efetivar/responder aos interesses intersubjetivos construídos em um contexto de pluralidades, momento em que o Poder Judiciário passou a ser concebido como insensível, moroso e injusto às manifestações fruto das conquistas históricas da humanidade.

Contudo, conforme restará demonstrado no decorrer da presente Tese (assim espere-se), a Tutela Jurisdicional do Estado resta materializada, ainda, em paradigmas provenientes dos séculos passados, assentado na dualidade processual, sistema que restou enaltecido durante o Estado Moderno (período dos positivismos) em que o direito restou subsumido na

²¹⁴ BERTOLINO, Pedro J. **El derecho al proceso judicial**. Bogotá: Temís, 2003. p. 10-11.

lei (*lex*), procedimento em que o Judiciário (transformado em órgão do Estado), pela figura do “Juiz Boca da Lei”, tinha como função apenas o *ius dicere* (entrega de uma tutela do Legislativo – Estado Legislador – Democratização do Estado).

Essa sistemática reducionista (conflitualidade dual privatística) das funções inerentes ao Judiciário, e de forma reflexiva do processo moderno (silogismo jurídico) em um cenário de racionalização matemática da vida social, a *auctoritas* (representada pela *lex*) não ocorria no momento da decisão judicial uma vez que o Poder Judiciário era instância meramente declarativa da existência normativa (*ius dicere*), estando ele aprisionado/reduzido a um texto legal abstrato e descontextualizado.

Esse período que reflete o nascedouro da democracia representativa no Estado Moderno, tem em seu bojo um contexto social que, saindo de um modelo de Estado Absoluto, o poder ainda resta intimamente ligado a figura deste Ente Fictício, agora um Estado Legislador. É nessa sociedade baseada na transição do poder absoluto do rei para o poder representativo de uma determinada casta social que impera uma pretensão democrática de consenso²¹⁵ onde a política é extirpada da sociedade em troca de uma promessa de (suposta) paz social, o que foi feito pela racionalização matemática dos problemas (Teoria do Fato Jurídico) em que apenas os fatos descritos pelo Legislador (direito objetivo) são tutelados pelo Estado. Outros fatos fruto de novos contextos sociais eram considerados, na época, irrelevantes para o mundo jurídico, sendo concebido como direito apenas o que fosse lei (*lex*), período em que, pela ideia de subsunção, as respostas, em um processo de caráter dual (democratização do Estado e não da Sociedade), deveriam ser mecânicas (processo não democrático – Jurisdição Verticalizada – Estado Legislador). A decisão, nesse contexto, é declarada por um juiz burocrata que não interpreta e/ou cria direito (*ius*), apenas aplica a lei (*lex*). Esse sistema, como já descrito nos tópicos anteriores, é fruto de uma cisão de poder entre Igreja e Estado e, na sequência, entre Estado e Sociedade Civil, dando azo aos primeiros vínculos sociais na configuração/produção/legitimação do Direito Legal.²¹⁶

Esse sistema pautado na democracia baseada no consenso, para a qual o conflito (próprio das sociedades complexas e em evolução) é concebido como manifestação de irracionalidade, demonstrou não ser competente para a resolução (satisfatória/eficaz) dos problemas sociais, não atingindo os objetivos para os quais teria, supostamente, sido criada (união e paz social), realidade que fez restar questionada sua manutenção no mundo jurídico. Isso se dá, dentre outros fatores, pelo fato de que a Jurisdição (*ius dicere*) pautada e

²¹⁵ RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento político e a filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

²¹⁶ LATOUR, Bruno. **Políticas da natureza**: como fazer ciência na democracia. Bauru: Edusc, 2004.

preocupada (no período em comento) com a conflitividade dual (reducionista) própria de sociedades iniciais/individuais, acabou por não perceber/desvelar a reconfiguração dos elementos que compreendem os problemas sociais agora abarcados por uma nova realidade estrutural (constitucional), fase em que os conflitos restam dimensionados por novos atores que, inseridos em novos contextos de vida, passam a questionar a legitimidade Estatal, compreendendo-a como inerte/ineficaz uma vez que não cumpre (mais!?) com o objeto fruto de sua promessa contratual (pacto social), procedimento este que, em certa medida, se repete no Estado Constitucional. Nele, muito embora a democracia reste ampliada (substancial) mantém-se verticalizada/representativa.

Essa proposição cartesiana que ainda persiste no processo, pela qual somente as verdades claras e evidentes e verticalizadas é que podem ser aceitas pela Ciência (racionalismo), é reflexo das contribuições históricas do direito romano na formação do Processo Civil. Para tanto, os juízos de *probabilidade* restaram abandonados em busca de uma pretensa *ideia de certeza*, momento em que a neutralidade do juiz e a supressão da verossimilhança passaram a “garantir” (procedimento ordinário) sentenças condenatórias como forma de tutela de direitos individuais, um direito que, como ciência racional, prescinde da experiência exata das verdades matemáticas²¹⁷ repudiando, para tanto, a compreensão fática e fenomenológica do caso em concreto, deixando de soslaio a ideia de tradição e a busca da justiça ao caso concreto²¹⁸. No quadro desenhado pelo direito romano clássico a ciência do direito Processual Civil, baseada na matemática²¹⁹ e na busca da uma verdade do conceito, resta comprometida com um direito racionalista em que, pelo procedimento ordinário,

²¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 127-128.

²¹⁸ O legislador, em seu trabalho de transformação da política em direito, não leva em consideração o caso em concreto, a lide já surgida ou preanunciada, o conflito interindividual em ato: ele se coloca em um plano mais alto que aquele dos episódios individuais, aprecia a distância os interesses coletivos, segue do alto, como em um panorama, a direção e o modelo progressivo das correntes sociais. E, extraído dessa diagnose social, feito não sobre o caso individual, mas sobre grande número deles, a precisão de que, no futuro, certos comportamentos típicos possam motivar determinados conflitos de interesses entre coassociados, estabelecem antecipadamente, de maneira geral e hipotética, isto que deverá valer como justo para todos os casos que terão em concreto os caracteres do tipo abstratamente determinado. CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 43.

²¹⁹ Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia-se acentuado o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário. Havia se difundido a idéia de que este último não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das Cortes e dos tribunais. Este modo de ver subordinada, mais nitidamente do que nunca, o poder judiciário ao poder legislativo e favorecia uma visão estatizante e legalista do direito. PERELMAN, Chain. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 185.

objetiva manter a neutralidade do juiz e subsumi-lo à lei, reduzindo a possibilidade de atos de vontade e ordem.²²⁰

Nesse contexto, não deve surpreender que o surgimento do Direito Processual Civil seja fruto de uma herança cultural pautada em relações jurídicas de cunho privado²²¹.²²² Em um primeiro momento (teorias da ação) o processo restou concebido por uma visão subjetivista da jurisdição, delineada como sendo uma função Estatal responsável pela tutela dos direitos subjetivos dos particulares. Este influxo de pensamento foi reavivado pela corrente positivista e pelo descobrimento da norma jurídica, pensamento reflexo do dualismo direito-processo, dualismo este que impediu descobrir o verdadeiro significado da jurisdição com relação ao direito que, para muitos, seria o de criar a norma, o direito ao caso concreto, um direito que só existe em juízo.²²³

Esse dualismo iniciado pelos romanos e replicado pela doutrina legalista só restou questionado pelos pandectistas que, muito embora limitados pelos *conceitos* (perspectiva clássica do processo fruto do racionalismo científico)²²⁴, perpassando o período das jurisprudências dos conceitos, ensejou discussões acerca do significado da *actio* romana, estabelecendo distinções entre ação e pretensão, culminando na separação entre direito material e processual.²²⁵ Importante compreender, para a discussão em comento, que em Roma ação e pretensão não eram rigidamente separados como na modernidade. Apenas na modernidade, com o nascedouro de um direito legislado, o juiz passa a ser um órgão do Estado e o processo, por sua vez, resta reduzido à um simples procedimento para se chegar ao direito material reduzindo sua relevância. Desta feita, muito embora as implicações que serão objeto de análise em momento oportuno, a escola alemã, pelo movimento do direito livre, passou a equiparar o direito material ao direito processual, enaltecendo a importância do processo ao direito.²²⁶

²²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 132 e 155.

²²¹ Inicialmente, a codificação teve por escopo garantir a afirmação e autonomia do direito estatal frente ao *ius commune* (o direito erudito comum para todo o Ocidente, também conhecido por direito cosmopolita). Nessa linha, a codificação surgiu na confluência do racionalismo moderno ao espírito da “burguesia” com seu pendur ao direito escrito (à segurança), algo que, supostamente, revelaria a vocação milenar do jurista às palavras e aos conceitos. PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 115.

²²² SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 161-162.

²²³ MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1979. p. 119-120.

²²⁴ MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1979. p. 18.

²²⁵ Para a ciência do processo, a dissociação entre o direito e a ação é algo semelhante ao que a dissociação do átomo representou para a física. COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. p. 21-22.

²²⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Arte del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa - America, 1948. p. 63.

Windscheid²²⁷ traz a baila a discussão quanto ao tema pretensão, o que faz ao associá-lo a *actio*. Para o autor em comento, o sistema romano de *actio* não deve ser comparado com o sistema moderno de direito, uma vez que naquele a *actio* ocupava o lugar do direito, isso em virtude de que, na época, ordenamento jurídico não reconhecia o que passou, na modernidade, a ser conhecido como direito subjetivo, sendo apenas reconhecida a possibilidade de poder fazer valer uma vontade (frente aos demais) pela via judicial. Para tanto, o ordenamento jurídico romano era composto por *pretensões* juridicamente/judicialmente capazes de persecução e a ação, por sua vez, era algo originário/autônomo e não derivado do Direito. A independência e particular posição do Pretor era o fundamento dessa noção de *actio* possuindo como fim a perseguição da justiça quando da existência de um caso em concreto, procedimento este que deixou de ser aceito pelo Estado Moderno (Hobbes), momento em que o Juiz, deixando de ser um órgão livre, transforma-se em um órgão do Estado que passa a estar “subordinado/ligado” ao Direito que, nesse novo contexto, resta caracterizado pela ideia de Lei perdendo a essência, outrora reconhecida, dos elementos de justiça.²²⁸

Muther²²⁹, por sua vez, associa a *actio* ao direito subjetivo, apontando suposta relação entre *actio* e a ação nos moldes da concepção apresentada pelo Estado Moderno. Agir, para o autor em comento, significava apresentar-se diante do pretor, falar e atuar junto ao adversário, sendo a ação um ato bilateral. Quando, porém, desaparecesse o ato solene das partes diante do pretor, os termos *agere* e *actio* passariam a significar “ato pelo qual o demandante inicia o processo”, podendo também ser compreendido por todo o procedimento desenvolvido diante do pretor. Esse procedimento se encerrava com a concessão da fórmula ao autor, momento em que a *actio* passava a ser considerada fórmula. Assim, em um primeiro momento, o autor tinha uma pretensão pela qual o pretor lhe concederia fórmula, ou seja, se o jurista reconhecesse que em tal caso em concreto caberia a *actio*, isso equivaleria a dizer que a pessoa teria uma pretensão passível de lhe ser conferida a fórmula da *actio*. Deste modo, para o autor em comento, o ordenamento romano não era composto de pretensões, mas, sim (já na época) de direitos subjetivos e somente estes eram objetos de perseguição judicial. Muther distinguindo direito público e privado, propicia (nos moldes do Estado Moderno) uma cisão

²²⁷ PUGLIESE, Giovanni. Introduccion. In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

²²⁸ ALVIM, J.E Carreira. **Teoria geral do proceso**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 89.

²²⁹ PUGLIESE, Giovanni. Introduccion. In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

entre direito subjetivo material e direito de ação marcando, desde já, a concepção dualista da ação.²³⁰

Salvo melhor juízo, resta equivocada²³¹ a pretensão doutrinária de transferir para o direito processual a *actio*, sendo que esta, nos moldes da concepção apresentada por Windscheid²³² seria a pretensão do direito material, em especial pelo fato de não ser possível a pretensão cisão entre direito processual e material²³³, a ponto de o direito material, para os procedimentalistas, depender (para sua existência) do exercício da ação processual, expediente este que significaria negar a existência dos direitos subjetivos. Importante registrar que os romanos jamais preocuparam-se em conceituar a facultade/o direito de estar em juízo como autor, elemento este (na modernidade) cunhado pelo termo ação.²³⁴ Ação é um conceito que, até hoje, a doutrina processualista não sabe muito bem identificar no processo, porém, ganha o desígnio de “fundamental”, em decorrência da constitucionalização do processo “Y

²³⁰ La distinción entre derecho subjetivo material y derecho de acción es obra de MUTHER, quién, en plena polémica con WINDSCHEID, destacó que, aún cuando la *actio romana* era un *prius* respecto del derecho subjetivo material, a diferencia de lo que acontece en la actualidad —dónde es un *posterius*— lo cierto es que el derecho subjetivo material se dirige contra un particular y tiene naturaleza privada, mientras que el derecho de acción se dirige contra el Estado, personalizado en sus órganos jurisdiccionales, y tiene naturaleza pública. La concepción dualista de la acción surge, al fin, con la nítida distinción entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material. La vigencia de esta concepción perdurará, con alguna excepción, hasta nuestros días. LÓPEZ, Sonia Calaza. Una aproximación procesal de acción. **UNED**, [S.l.], n. 6, p. 115, 2010.

²³¹ Hoje, passados mais de cem anos de controvérsias sobre o *conceito de ação*, sem que a doutrina se haja conciliado, a não ser no que diz respeito à inutilidade da própria disputa, pode-se afirmar que a interminável discussão sobre esta questão – além do valor que ela teve para afirmar a autonomia da ciência processual – originou-se de um duplo equívoco. SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 165.

²³² PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

²³³ 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 meramente 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**, [S.l.], n. 23, p. 4-5, 1996.

²³⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 166 e 171-172.

*me pregunto cómo se puede calificar a algo de “fundamental” cuando ni siquiera se sabe exactamente lo que es.”*²³⁵

A construção da *ação processual* como categoria abstrata pertencente, indistintamente, a todos os interessados, corresponde à universalização do procedimento ordinário.²³⁶ A ciência processual, em sua criação, buscou tornar-se ciência autônoma, capaz de cingi-la do direito material ao qual sempre esteve sujeito, contribuindo para a uniformidade ritual do processo (ordinariedade), oferecendo um procedimento amplo a todos, capaz de oferecer a plenitude de defesa em juízo para que o Juíz decidisse a questão com a segurança jurídica almejada pelas ciências matemáticas do Estado Moderno. O procedimento, nesse sistema, elevado ao patamar de relevância jamais visto²³⁷, haveria de esgotar as possíveis questões litigiosas, de modo a assegurar para sempre os efeitos práticos da coisa julgada, esgotando a questão litigiosa: “*determinantes da submissão do juiz ao poder político.*”²³⁸

Pelo legalismo, conforme visto, há um esforço no sentido de obter-se um direito determinável e previsível, com o fim de evitar o arbítrio judicial e garantir a pretensa segurança jurídica como garantia da suposta liberdade civil²³⁹, sistema fruto das implicações

²³⁵ FENOLL, Jordi Nieva. imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Justicia**, [S.l.], n. 3-4, p. 305, 2008.

²³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 163.

²³⁷ É óbvio que para os seguidores da teoria subjetivista em que a jurisdição tem por fim tutelar direitos de uma natural subjetividade dos particulares ou da teoria objetivista, que a considera como atividade de atuação do direito material, esse tipo vetusto de jurisdição não guarda qualquer relação com o instituto atual da jurisdição na modernidade do direito processual. [...] sustentadas por Bulow, Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Liebman, Couture e, em consequência, por todos os adeptos da Escola da Relação Jurídica e da Instrumentalidade do Processo, se curvam ao voluntarismo jurisdicionalista do século passado. [...] com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi descolado de papel-missão do juiz para a garantia das partes. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 43.

²³⁸ Por outro lado, a compreensível aspiração da nova ciência de tornar-se uma disciplina jurídica autônoma, com princípios e métodos próprios, capazes de libertar-la do jogo do direito material a que sempre estivera sujeita até então, contribuiu para fortalecer a tendência para a uniformidade ritual, através da consagração do procedimento ordinário, supondo-se que o direito processual, sendo, a partir de então, uma ciência – haveria de impor suas regras e princípios ao direito material, dobrando-o as suas exigências técnicas e a seus métodos. A ciência do processo civil nascera, portanto, irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX: ao mesmo tempo em que lhe cabia oferecer às partes um procedimento suficientemente amplo, capaz de assegurar ao cidadão-litigante a plenitude de defesa em juízo, e ao Estado condições para que o magistrado decidisse com a segurança que o exaustivo tratamento probatório do conflito daria; o procedimento haveria de esgotar as possíveis questões litigiosas, de modo a assegurar, para sempre, com a máxima amplitude da coisa julgada, por tal modo obtida, o resultado prático alcançado pelo litigante vitorioso. SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 164.

²³⁹ De manera geral y de modo latnte, la verdadera doctrina de la libertad judicial desde las más altas opiniones legales, ha encontrado su hogar espiritual en el entorno de los funcionarios del legalismo lógico: requiere la exaltación de las normas libres de contexto y la creencia en que la creación y la aplicación de estas normas pueden ser tajantemente separadas. [...] creían que las normas podían ser desarrolladas con tal claridad y precisión que su aplicación a casos individuales requerería una mera subsunción de hechos a normas sin

do racionalismo no direito e, em especial, no processo civil, estrutura responsável por extinguir a tutela interdital em favor da universalização da *actio*, resultando na submissão do direito aos métodos e princípios das ciências lógicas. É nesse contexto histórico que ocorre a universalização da ação condenatória, decorrente da declaração do direito, com a absorção dos *interditos* do magistrado pelo procedimento da *actio*, tendo como pressuposto um alargamento do conceito de obrigação. A sentença condenatória, conservando o ideal da obrigação, manteve traços de incoercibilidade, confiando que o condenado espontaneamente cumpriria o julgado²⁴⁰, o que até hoje exerce influência naqueles que apontam ser o processo e o direito reflexo somente do que é lei.

Também expressa um sentido nocivo do dualismo o normativismo positivista de Kelsen e Hart que, promovendo uma reestruturação do sistema, substituem o positivismo exegético pelo voluntarismo, sistemática proposta, principalmente, por Kelsen²⁴¹. Assim, superado (em grande parte) o positivismo exegético (juiz boca da lei) impera o positivismo normativista pós-kelseniano, o qual admite decisionismos e protagonismos judiciais, isso muito embora Kelsen não pretendesse destruir a tradição positivista, mas, sim, responder ao crescente surgimento de argumentos psicológicos, políticos²⁴² e ideológicos no momento da interpretação do direito, acabando por aceitar a interpretação solipsista.²⁴³ Assim, pensar o direito como norma, sanção e forma, como ainda ocorre, permite a redução do *ius* à *lex* (esta como fruto do poder)²⁴⁴. Para o normativismo o que importa é quem manda e sua vontade

posterior elaboración (interpretación) por parte del juez. DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago: Jurídica del Chile, 1986. p. 68-69.

²⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 53; 91-99 e 104-105.

²⁴¹ Da condição de refém de um assujeitamento a uma estrutura de caráter objetivista (metafísica clássica presente na ideia exegética e pandectista), passou-se a fase do “assujeitamento da estrutura a um sujeito solipsista”. STRECK, Lenio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 18, jan./jun. 2010.

²⁴² Mas, frente a este sistema da criação judiciária do direito, frente a esta justa dinâmica e romântica, os ordenamentos constitucionais fundados na separação dos poderes dão preferência ao sistema estático e “racionalizado” da criação legislativa do direito, que pretende realizar de maneira absoluta a separação da justiça em relação à política. CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 43.

²⁴³ È l'intramontabile sogno che ha alla fine condotto Hans Kelsen non già – come Kant – a sacrificare la scienza per salvare la fede, ma a sacrificare la normatività per salvare la scienza. In effetti una teoria giuridica siffatta, che di per sé è pienamente legittima e a volte ammirevole per le sottigliezze logiche, sarebbe una conoscenza *sul* diritto, ma non già *del* diritto. Sarebbe monologica e non già dialogica in quanto autoreferenziale. VIOLA, Francisco. Il diritto come arte della convivenza civile. **Rivista di Filosofia del Diritto**, [S.l.], p. 61, June, 1/2015.

²⁴⁴ Por outro lado - no seu momento *anti-legalista* e *anti-estadualista* o positivismo recusou a identificação entre direito e lei, chamando a atenção para um direito surgido das próprias instituições sociais, existente para além da vontade estadual expressa na lei e num plano que lhe era superior. Em todo o caso, a insistência posta por algum positivismo na função reguladora do Estado, como expressão política de um organismo social superior

imperativa, razão pela qual reduzir o direito à lei seria apoiar uma metafísica muito presente, a separação clara entre produção e aplicação, a separação entre mandato e vida, expediente preocupado única e exclusivamente com forma e procedimento, isso em um contexto em que o universo normativo, por si só, é incapaz de responder às complexidades do mundo.²⁴⁵ Pelo exposto, o positivismo, tanto num sentido marcadamente público como em um sentido marcadamente privado, expressa-se como forma autoritária e garantidora de um poder democraticamente questionável (representativo), uma vez que legitimidade passa a confundir-se com legalidade, procedimento que acaba por justificar qualquer expressão de poder existente²⁴⁶. É nesse contexto que o fenômeno jurisdicional resta reduzido à *iurisdictio*, uma vez que o direito já vem *declarado* pelo poder competente, não mais sendo fruto da *actio*, momento em que o juiz não mais possuindo volição, resta limitado a “dizer” o direito.

Assim, os princípios processuais que dominam a tradição civilista e continental é o modelo do juiz-árbitro, aquele juiz que põe fim aos conflitos bilaterais²⁴⁷ apenas aplicando as normas de direito material. A ideia, ainda, dominante da função jurisdicional é aquela que visualiza o processo de forma individual, que supõe um processo que se reduz à bipolaridade, ordenado pelo princípio dispositivo (o monopólio processual das partes) e o princípio da congruência (sentença deve se limitar ao objeto do processo), momento em que os efeitos da sentença restringem-se às vontades de poder.²⁴⁸

Nesse contexto, apenas com as transformações fruto de um novo contexto social oportunizado por novos atores jurídicos é que ocorrerão as necessárias transformações sociais, políticas e jurídicas, o que deve ser feito em busca de e/ou por uma nova ordem democrática (participativa) que oportunize novos centros de discussão social em que as demandas restem

(nação), atenua sensivelmente o alcance deste aspecto. E, assim, algumas das correntes que se podem filiar no positivismo acabam por conceder a lei um papel determinante na constituição do direito, nos quadros de um estadualismo autoritário, de que é exemplo o fascismo. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2017. p. 423-424.

²⁴⁵ GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003. p. 46-49.

²⁴⁶ Não admira, por isso, que o positivismo pudesse constituir, caldeado com outras influências, um dos pontos de apoio das ideologias autoritárias das quatro primeiras décadas do século XX. Assim, tanto na privatística como na publicística, o positivismo está na origem, tanto da reacção anti-liberal das primeiras décadas do século XX, normalmente designada por advento do *Estado social*, como dos regimes autoritários anti-democráticos. [...] se o positivismo denunciou o formalismo e abstracionismo da igualdade, tal como vinha a ser construída pelo direito das Luzes e da pandectística, o certo é que, ao insistir na desigualdade natural dos homens, abriu uma caixa de Pandora de onde saíram, por exemplo, justificações jurídicas do sexismo, do racismo e do expansionismo europeu. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2017. p. 419-423.

²⁴⁷ O caso bipolar é a disputa entre duas partes frente ao juiz e este atua como árbitro que solucionará o litígio entre os interesses particulares pela aplicação do direito material. Para mais, ver: PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 2013. f. 250. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

²⁴⁸ PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 2013. f. 20. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

materializadas por questões que devem abandonar a figura de um Estado e de um Indivíduo centralizadores (conflitos duais – democracia vertical). A pluralização dos conflitos existenciais exige uma democracia que, perpassando a representativa de caráter vertical dos Estados Moderno (formal/procedimental) e Constitucional (material/substancial), oportunize o necessário reconhecimento das necessidades humanas como conquistas históricas que devem restar materializadas independente das vontades (Legislador/Juiz/Indivíduos) uma vez que, fundamentais, são elementos essenciais que passam a configurar/legitimar as decisões que, deixando o reducionismo matemático, exigem participação coletiva e participativa (democracia horizontal) no deslinde do feito, sob pena de restar questionada a legitimidade/validade da decisão a ser tomada. Com esse desiderato, resta premente a necessidade de efetivação prática das políticas públicas que, deixando o caráter de meras promessas abstratas, devem restar materializadas/concretizadas como conquistas (participação/fundamento) de todos e não mera Entrega (volitiva/argumento) do Estado em uma jurisdição não legítima/democrática.

Para tanto, deve ocorrer a necessária descentralização da política que, conforme restará demonstrado nos próximos capítulos, deixará a exclusividade do palco democrático tradicional (voto) e desembocará em um novo cenário (objeto do debate processual) em que o Protagonismo deixa de ser do Estado (Legislador/Juiz) e passa a ser do Cidadão Ativo Responsivo (Decisão Policêntrica) que, pela ressignificação da política e seus espaços de poder desvela, pela jurisdição fruto da hermenêutica filosófica (fática e fenomenológica), os reais elementos de configuração dos problemas sociais que restam, nesse novo contexto, configurados pela pluralidade existencial.

Para esse novo modelo democrático o conflito, pautado no objeto do processo²⁴⁹, deixando de ser concebido como uma irracionalidade humana, resta compreendido como necessário para o objeto do debate processual (discussão)²⁵⁰, mesmo que não corresponda

²⁴⁹ Dentro desta perspectiva fica fácil perceber que a lide corresponde essencialmente ao objeto do debate, e não ao objeto do processo, ao mérito, como quer 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. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 38-39.

²⁵⁰ 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,

(inicialmente) às hipóteses pré-definidas pela lei (*lex*), uma vez que a jurisdição no Estado Pós-Moderno contempla a ideia de uma horizontalização democrática participativa reconhecendo o direito (*ius*) como algo mais abrangente que a lei (*lex*), devendo aquele ser um resultado fruto da participação coletiva dos partícipes quando do objeto do debate processual. Para tanto, premente se faz a compreensão autêntica fruto da hermenêutica filosófica, momento em que restarão desvelados os interesses intersubjetivos que, pelo contraditório e pela ampla defesa, oportunizarão uma decisão eficaz.

O Homem, imerso em um novo contexto de mundo (significativas e novas complexidades), passa a exigir um modelo democrático em que (deixando a qualidade de povo ícone/legitimador – conflitividade dual) lhe resta assegurado uma efetiva participação política, momento em que (sem abandonar a democracia representativa vertical – forma e procedimento) passa a alçar voos em uma reestruturação democrática que se pretende horizontal, o que deve fazer ao exigir (pela jurisdição) que suas manifestações (contraditório e ampla defesa) sejam concebidas/compreendidas como fundamento da decisão, sendo que a legitimidade desta não mais deve ser assegurada pela simples determinação Estatal (vertical), assumindo um papel preponderante (democrático), apresentando-se como um novo espaço de exercício político pelos verdadeiros cidadãos (novos atores sociais – conflitividade policêntrica) que, conscientes de seu papel social nesse novo contexto sociocultural, exigem reconhecimento, razão pela qual a decisão deixa de ser mero *dicere* e/ou *facere* em busca da *auctoritas* (ressignificação da visão clássica do contraditório e da ampla defesa).

Com a passagem do princípio inquisitorial para o dispositivo e agora para o princípio do contraditório efetivo a Jurisdição resta valorizada, devendo ela (de forma responsiva/policêntrica) desvelar os fenômenos conflitológicos pluralizados. Contudo, importante reconhecer que a concepção individual e egoísta (conflito dual), como herança da ordem liberal, ainda está presente no contexto processual, indo de encontro a proposta

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 petítória. 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. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 37.

democrática participativa que norteia o pensamento do presente estudo. Esta nefasta realidade, apenas revela os resquícios da modernidade não superados em solo brasileiro.

É nesse contexto que, no terceiro capítulo, tratando de Jurisdição e Processo necessário será analisar a evolução Jurisdicional Moderna (democracia representativa formal) e Constitucional (democracia representativa substancial) para restarem compreendidos os seus reflexos na Pós-Moderna (democracia participativa horizontal). Contudo, para entender esses mecanismos de extrema importância, quanto a discussão da legitimidade quando da Entrega/Construção da Tutela Jurisdicional, resta premente que antes, no segundo capítulo, sejam compreendidos os elementos de estruturação político/jurídica dos Estados Legislativo, Jurisprudencial e Constitucional.

3 POR UMA REESTRUTURAÇÃO DAS FUNÇÕES E DA ORGANIZAÇÃO ESTATAL: UMA RELEITURA POLÍTICO E JURÍDICA DO ESTADO DE DIREITO

Uma vez constatado que, no nosso tempo, o pêndulo se orientou no sentido da jurisdição, resta valorizar tal fenômeno.²⁵¹

No primeiro capítulo o presente estudo, ao abordar a temática da democracia, procurou demonstrar a necessária evolução desse importante expediente de participação popular que, perpassando os modelos estruturados no período dos Estados Moderno/Constitucional (democracias representativas verticalizadas), na atualidade objetiva aproximar/humanizar os partícipes do jogo democrático o que deve ser feito pelo processo, mais especificamente, na jurisdição compartilhada quando da construção de uma decisão participativa/policêntrica, esta legitimada/fundamentada pelo princípio do contraditório. Nele as partes, dando ênfase a necessária participação dialogada (ampla defesa), têm a oportunidade de participar efetivamente do jogo político, sendo um importante marco/ferramenta para concretização de direitos humanos que, constitucionalizados (fundamentais), até hoje permanecem ineficazes, reflexo de um Brasil, conforme manifestado por Lenio Luiz Streck, pautado por uma modernidade tardia. Contudo, essa nova ferramenta democrática, o processo, tem suscitado a possibilidade de, além de efetivar direitos fruto de conquistas/garantias constitucionais, também criar novos direitos restando, no tocante a temática em questão, questionada a legitimidade do Poder Judiciário e, em especial, dos juízes no desempenho dessa função.

Conforme já manifestado neste estudo, a tese que movimentou o trabalho que vem sendo construído no presente texto defende, no tocante a legitimidade, a compreensão de que a decisão, diverso do fomentado pelos Estados Moderno e Constitucional²⁵², construída pelos novos atores sociais pelo/no processo democrático, resta legitimada pelos expedientes que foram apresentados ao sistema jurídico brasileiro quando da promulgação do Novo Código de Processo Civil, devendo ela ser pautada pelo/no contraditório e na ampla defesa, um

²⁵¹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 10.

²⁵² A 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 instituiu 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. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684.

significativo elemento dialético que possibilita a necessária construção (policêntrica) de soluções (jurisdição compartilhada) para conflitos sociais que restam “escanteados” pelos demais poderes constituídos.

Trata-se, como já narrado, de um novo modelo processual que reconfigura a democracia ao perpassar o modelo representativo em busca do participativo, rompendo com o formalismo exagerado em suas linhas estruturantes. Nesse sentido, o processo deixa de ser mero instrumento da democracia formal/substancial para constituir-se em importante tabuleiro de jogos democráticos legitimados pela efetiva participação dos cidadãos. Assim o poder, deixando de ser exclusividade estatal, movimenta-se do vertical para o horizontal, procedimento que permite diferenças terminológicas entre poder judiciário (soberania estatal), poder dos juízes (filosofia da consciência) e poder decisório²⁵³ (soberania democrática popular/participativa).

Contudo, para compreender a evolução narrada no parágrafo anterior, o presente capítulo procurará abordar, o que será feito realizando um recorte teórico, três modelos de Estado que, diante da ciência política utilizada, cada um a seu tempo e modo, divergem quando aos limites dos poderes constituídos quando da construção da lei/direito, o que se dá em virtude não só das distinções democráticas oportunizadas em cada modelo, mas, em especial, pela dissonância quanto a compreensão dos termos democracia, competência, legalidade e legitimidade.

Diante do exposto, tendo o Novo Código de Processo Civil apresentado uma releitura democrática do processo, neste capítulo, em virtude do recorte acadêmico realizado, será objeto de análise a formação processual dos Estados que compreendem o período Moderno responsável pela estruturação de um Direito Processual inflexível e o Constitucional que, muito embora tenha ampliado o jogo democrático tornando o Direito Processual mais flexível, mantém-se representativo e verticalizado para, só no próximo capítulo, serem analisados os reflexos desses pensamentos na concepção da jurisdição moderna (formal), constitucional (substancial) e pós-moderna (participativa).

²⁵³ O 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.

3.1 O Estado Legislador Demarcado pela Baliza Jurisdicional Legalista/Sistemático

Antes de adentrar no tema, caro ao presente estudo, que trata do Estado Jurisdicional e o seu Protagonismo, importante compreender as realidades sociais e jurídicas que permearam, no Estado Moderno, a estruturação de um modelo jurisdicional pautado em um mecanismo democrático representativo/vertical de preocupações estatizantes, momento em que o protagonismo estava no Sistema/Legislator.

3.1.1 A Construção da Epistemologia Jurídica Calcada na Vontade do Legislador/Sistema: o abstrativismo de uma suposta vontade democrática representativa

Nos moldes do já descrito no primeiro capítulo e repisado no tópico anterior, o presente estudo, pelo recorte acadêmico/teórico apresentado abordará, neste momento, estruturas estatais delineadas no ocidente como sendo fruto da modernidade, período que resta marcado pela transição do poder divino (teocentrismo) para o poder humano (antropocentrismo), propiciada pela cisão entre Igreja e Estado²⁵⁴. Muito embora a extremada importância dessa primeira fase da separação de poderes, a maior contribuição social dessa época foi a instituição de um ente fictício com personalidade jurídica própria que passa a concentrar, em si, todo o poder fruto/legitimado de/por um comando social, é o nascedouro do Estado Absoluto pautado na ideia de competência privativa que legitimava, através da renúncia de direitos dos súditos, o Poder Absoluto do Soberano (Poder Pessoal) para posicionar e aplicar leis civis.

Essa transição do *ius* para a *lex* não é uma novidade uma vez que já fora experimentada (não nos moldes do proposto no Estado Moderno) ainda quando em Roma a *auctoritas* do *ius* passou a ser configurada na *lex*, esta como fruto da *potestas* do *Princeps*, restando nele centralizada a *auctoritas iurisprudens*. Em período anterior a constituição mista, republicana entre povo e Senado, era enaltecida a *potestas* do magistrado. A transição para a *lex* positiva é fruto da união de fatores, dentre eles a crença de que a lei não deve ser injusta e, principalmente, a compreensão de legitimidade fruto da *potestas* legislativa²⁵⁵ ideais que,

²⁵⁴ Para Hobbes, não se deve mais misturar o domínio da fé com o da filosofia, que é construída com a razão. A filosofia política de Hobbes é exclusivamente profana, pelo menos na medida em que nosso autor permanece fiel a seus princípios, o que nem sempre acontece. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 683.

²⁵⁵ VANNEY, María Alejandra. **Libertd y Estado**. La filosofia jurídico-política de Álvaro d'Ors. 1. ed. Pamplona: Arazandi, 2009. p. 117-118.

perpassando realidades históricas, foram transmitidos com o resnacer do direito romano no Estado Moderno.²⁵⁶

Esse sistema ensejou o, aqui, denominado Estado Legislativo, procedimento calcado na ideia de positivação e, posterior, codificação das leis civis no Estado Moderno, sendo Thomas Hobbes²⁵⁷ um dos precursores (no Estado Moderno) desse modelo de estruturação normativa. O autor justificava a necessidade das leis civis em nome da busca de uma pretensa paz social, possibilitando, pelo complexo contexto europeu da época, o surgimento da ideia de povo, território e poder soberano, este concebido na oportunidade como absoluto, ilimitado e pessoal. Muito embora não reste estabelecido pelo modelo democrático, a legitimação da força estatal nasce de um suposto pacto social (representatividade!?), pelo qual, restaram legitimadas as pretensões absolutistas da realeza.

Esse sistema de Estado, será questionado pela casta social que, detendo poder econômico (burgueses), passa a perseguir (também) o poder político, acarretando em nova separação de poderes, cindindo agora a figura do Estado da figura da Sociedade Civil que, organizada, busca legitimar sua competência para participar das diretrizes sociais o que é feito, no Estado Moderno, pelo conjunto de leis positivadas por este ente fictício que centraliza o poder político. Contudo, por se tratar de um grupo de indivíduos (burgueses) que não possuem sangue real, somado ao fato de buscarem a ampliação do número de interessados na construção legislativa, resgatam/reestruturam, para tanto, a ideia de democracia (roma antiga) que, pela complexidade social vivenciada na época, não mais poderia ser direita, dando azo, assim, a Democracia Representativa.

Para Locke²⁵⁸ a busca do poder político pelos burgueses é a busca por liberdade, esta dependente de expedientes legislativos do Estado, competindo a ele a legitimidade para regulamentar o convívio social. Essa nova realidade em que, pela democracia representativa, o “povo” não mais renuncia direitos, mas, tão somente transfere poderes pelo expediente do voto, oportunizou as necessárias alterações legislativas que acarretaram no início da autonomia do indivíduo, esta marcada pelo nascimento do capitalismo em uma sociedade

²⁵⁶ POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 27-28.

²⁵⁷ Da mesma forma como os homens, almejando conseguir a paz, e por meio dela a sua própria conservação, criaram um homem artificial chamado Estado, criaram, também, cárceres artificiais, chamadas leis civis, que, mediante pactos mútuos, os mantêm presos, por uma das extremidades, ao homem ou à assembléia a quem confiaram o poder soberano e, por outra, a seus próprios ouvidos. HOBBS, Thomas. **Do contrato social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 171.

²⁵⁸ O maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade. De fato, no estado de natureza faltam muitas condições para tanto. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 84.

regada pelo ideal racional, visão Prometeica manifestada em sua plenitude no que passou a ser concebido como Liberalismo.²⁵⁹

Esse novo sistema que garante, pelo Estado, direitos de liberdade e propriedade permite rupturas radicais com o passado, conferindo novas significações ao conceito do sujeito, da propriedade e da organização social como um todo. A Filosofia, rompendo com a Teologia, inaugura novos pensamentos, ensejando novas formas de interpretar a realidade vivenciada na época impactando/transformando as relações intersubjetivas (sujeito/objeto) ao instituir uma nova forma de progresso social baseado no consumo. Nesse contexto, a gênese do subjetivismo individualista é criada a partir do progressivo alargamento da esfera de liberdade do indivíduo²⁶⁰, momento em que o egoísmo individual passa a conduzir o desenvolvimento ordenado da vida econômica pautada por uma nova ordem social²⁶¹. As leis, deixando de ser a vontade do Soberano (Rei), passam a ser a Vontade do Legislador (Parlamento/Burguesia), tendo como eixo comum a ideia de legitimidade Estatal, com consequente centralização do poder.

Avanços financeiros inauguraram o nascimento da figura do *homem econômico*²⁶², aprofundando o processo de racionalização pela divisão do trabalho o que foi feito ao romper

²⁵⁹ A atitude prometeica, que consiste em utilizar procedimentos técnicos a fim de arrancar da natureza os seus segredos para a dominar e a explorar, teve uma influência gigantesca. Ela engendrou nossa civilização moderna e a expansão mundial da ciência e da indústria [...] Na antiguidade, a atitude prometeica se apresenta sob três formas: a mecânica, a magia e os esboços de método experimental, três práticas que têm em comum o fato de procurarem obter efeitos estranhos ao que considera o curso normal da natureza, efeitos cujas causas escapam a quem opera apenas segundo essas técnicas. No fim da Idade Média e no início dos Tempos Modernos, essas três práticas aproximarão e se transformarão profundamente para dar nascimento à ciência experimental. A divisa do mundo moderno será então ‘poder, isto é, fabricar graças a experimentação, é saber. [...] Para compreender a lógica racional exagerada nos ramos sociais, clareia-se que se fazia realidade desde o estudo da natureza humana pela filosofia Grega, no momento em que passa a considerar o ser humano como o centro e a perfeição da criação, cujas manifestações racionais e éticas de sua natureza cingiam na perfeição da expressão de suas virtudes máximas. No pré-socrático Heráclito, conforme visto, encontramos as primeiras escritas sobre o *conflito*, expresso por sua dialética do movimento, que se transfere paradigmaticamente à natureza humana comportamental complexa e conflitiva. Ao reconhecer a primazia da filosofia de Parmênides, entretanto, a certeza e a racionalidade ganham tónus, de maneira que o conflito é posto de lado como expressão do irracional do Ser. HADOT, Pierre. **O véu de Isis**: ensaio sobre a ideia de natureza. São Paulo: Loyola, 2006. p. 123.

²⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Liberdade e democracia**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 22.

²⁶¹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 376.

²⁶² La confianza en el progreso institucional y en la eficacia del mercado como mecanismo autorregulado de coordinación de las acciones. pronto se ve quebrada por el propio desarrollo histórico. Las diferentes formas de lucha política y la persistencia de las crisis económicas contribuyen decisivamente a cuestionar la posibilidad de neutralizar lo político, para convertir a la política en una tarea técnica. En la propia tradición liberal se da una recuperación de la especificidad de lo político; se reconoce, de esta manera, que la acción gubernamental trasciende las tareas meramente técnicas, porque en ella siempre está en juego la creación y mantenimiento de las condiciones de justicia que hacen posible la preservación del sistema institucional y sus mecanismos de regulación. [...] Uno de los primeros intentos sistemáticos de forjar una filosofía de la historia secularizada se encuentra en la teoría de Adam Smith. En ella se toma como punto de partida la distinción entre las sociedades situadas en una etapa ruda y las situadas en una etapa civilizada. El criterio que se establece para delimitarlas es un fenómeno que puede comprobarse y explicarse empíricamente, a

com vínculos comunitários tradicionais, propiciando um aprofundamento do individualismo e, conseqüente, falta de solidariedade. Ao romper barreiras com o Estado, cisão entre Estado e Sociedade Civil Organizada, essa nova percepção das relações intersubjetivas cria outras formas de dominação marcadas pela impessoalidade, redimensionando o poder de comando (soberania). Como reflexo dessa estrutura social pautada pela disputa do Poder Econômico o Estado, figura central do poder político, dominado pelos representantes do povo, passa a legislar em nome dos interesses sociais dos partícipes políticos do jogo democrático representativo compreendido, nessa época, apenas pelos que detinham poder econômico.

Assim, a ideia de Poder Soberano do Estado Absoluto e Ilimitado, centrado na figura do Rei, resta, nesta nova fase, transferida para a Soberania do Voto, momento em que o direito ganha novos contornos legislativos em um Estado Mínimo e Mercadológico, procedimento que acarreta severas inquietações em uma nova casta social que, desconsiderada no jogo político liberal, procura (novamente) redimensionar o poder, buscando, nesse novo contexto, atender também os desprovidos de economia ensejando o início do Estado Social proposto por Rousseau^{263, 264}.

A figura do Estado Social de Direito é marcada pela transição do individual para o coletivo, reestruturando as regras do jogo democrático com ampliação dos partícipes. Contudo, como nos demais modelos, mantém a busca pela famigerada legitimidade para o exercício de um poder estatal competente para construção de leis que, supostamente, garantiriam a conquista do *bem comum substancial*, perpetuando a crença/fé na capacidade do referido ente fictício. Assim, a luta social do Estado Moderno, divergindo do modelo democrático proposto no Estado Pós-Moderno (processual participativo), está atrelada a conquista de espaço político (legitimidade formal/procedimental) junto à uma pessoa jurídica (abstrata) que proclamando-se “competente” centraliza o comando da vida em sociedade como fundamento de exercício de uma função estatal legítima, o que faz pela falsa promessa de garantia democrática representativa ao legitimar a construção do arcabouço jurídico

saber: el notable incremento de la producción en las sociedades que se encuentran en la llamada etapa civilizada. SERRANO GOMEZ, Enrique. *Filosofía del conflicto. Estudios Políticos*, [S.l.], n. 11, p. 86 e 91, dec. 1997. Disponível em <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/16209>. Acessado em: 11 dez. 2018.

²⁶³ A primeira e mais importante consequência dos princípios até aqui fundamentados é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 33.

²⁶⁴ Não lhe interessava, dizia ao amigo, somente a ciência e sua melhor parte, que é a inteligência; interessava-o o problema do homem. Assim, sua filosofia não se perde na pura especulação. Sua infatigável procura da verdade – de que é exemplo a notável biografia intelectual que se vai ler - deve conduzir ao conhecimento da natureza para a pôr a serviço dos homens. E é este, ainda, apesar de tudo, o verdadeiro espírito da filosofia. DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 11.

(positivação/codificação das leis) como suposto reflexo das vontades dos pretendentes partícipes do jogo político/democrático.

Muito embora esse poder tenha transitado das mãos do Rei (Estado Absoluto), para as mãos do(s) Parlamento/Burgueses (Estado Liberal) e, por fim, chegado as mãos da Maioria/Proletários (Estado Social), o elemento comum em todas essas formas de Governo e Estado é o voluntarismo legislativo, momento em que os detentores do poder, uma vez legitimados pelo procedimento, nos dois últimos casos democracia representativa, transformavam o Estado, poder competente, em um instrumento Legislativo, momento em que, pela forma e procedimento, quem detém o poder (ciência política) constitui de forma ilimitada sua própria filosofia jurídica, sistemática que, nos períodos autoritários, legitimou (formal e não substancialmente) os horrores perpetrados no holocausto.

Como reflexo dessa complexa ciência política, surgiram filosofias jurídicas fruto do racionalismo científico que propiciaram um modelo de Processo Civil rígido/científico/estratificado que, rompendo com os misticismos (Estado Medieval), estabeleceram mecanicismo de proteção/combate dos direitos individuais/coletivos (litigantes adversários), voltado à um número inexpressivo de procedimentos judiciais. A busca por direitos, na modernidade, estava centrado na figura política do Estado (e não na figura jurídica do Direito), mais precisamente no poder legislativo, este legitimado democraticamente (modelo representativo/formal) pelo voto.

Esse modelo jurisdicional, em que o direito e o judiciário detinham pouca ou nenhuma autonomia, ensejava um contexto jurídico artificializado/desvinculado da realidade social, uma vez que o direito moderno, pautado pela antinomia da autonomia individual e coletiva, acabou por ampliar, ainda mais, as subjetividades individualistas, ensejando um espaço democrático marcado pelos ideais de divisões e luta.²⁶⁵

Nesse contexto em que a ciência política aposta na positivação e codificação das leis como elemento essencial para resolução dos problemas sociais surgem, como fruto das filosofias jurídicas da época, teorias que procuram estabelecer limites ao judiciário no tocante a sua função jurisdicional (*ius dicere*), uma vez que o legislativo, legitimado pela democracia representativa/voto, mantém competência (centralização do poder) para, independente do modelo de Estado adotado, criar regras, sempre justificado pela pretensa vontade de um povo

²⁶⁵ La filosofía política tiene aquí un papel importante que desempeñar, no para decidir el significado verdadero de nociones como justicia, igualdad o libertad, sino en proponer diferentes interpretaciones de esas nociones. De esa manera proporcionará lenguajes, diversos y siempre en competencia, en los cuales construir un espectro de identidades políticas, diferentes modos de concebir nuestro rol de ciudadanos, y visualizar el tipo de comunidad política que deseamos constituir. CHANTALL, Moufe. **El retorno de lo político**. Buenos Aires: Paidós, 1999. p. 40.

ícone/legitimador. É nesse caldo cultural que surgem duas teorias que influenciam, de forma significativa, o processo que permeia o Estado Moderno, sendo elas o Jusnaturalismo e o Juspositivismo, ambas preocupadas com a manutenção/garantia da legitimidade legislativa razão pela qual, cada um a seu tempo e modo, procura limitar a jurisdição pela abstrativização de um processo imparcial, neutro e equidistante da realidade social.

Conforme demonstrado, o presente tópico busca compreender as filosofias jurídicas que permearam o processo no âmbito do Estado Moderno sendo que, para tanto e como limite acadêmico, serão estudadas, no que diz respeito ao jusnaturalismo, as evoluções jurídicas ocorridas no ocidente. Assim, apresentada a evolução histórica dos Estados objetos do estudo proposto, restaram evidenciadas as diretrizes políticas e econômicas afetas à estruturação do poder, este pautado na pretensa razão humana²⁶⁶ focada na vontade do legislador²⁶⁷.

O jusnaturalismo é uma das correntes do pensamento jurídico afeto a modernidade²⁶⁸ que, buscando na razão humana o fundamento do poder, apresenta a necessidade de que as leis civis devam ser, início da centralização do poder, previamente instituídas pelo Estado. Para esta teoria o direito positivado apresentava lacunas que deveriam ser “preenchidas” pelo direito natural. Hobbes preocupado com a formação política do Estado (absoluto) e de suas leis, propugna a passagem do estado de natureza para o estado civil. Muito embora compreenda o direito como fruto da vontade do legislador soberano (direito positivo), em que o Estado passa a ser o responsável por dizer o que é justo ou injusto²⁶⁹, tendo ciência das

²⁶⁶ A lei, em geral, é a razão humana enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas os casos particulares a que se aplica a tal razão humana. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 26.

²⁶⁷ 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 mandamento do soberano; com o que se confundiu o poder de ditar ordens com a capacidade para criar direito. BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 10. (Coleção Ajuris, 5).

²⁶⁸ Na Sexta Parte, Descartes conta-nos as razões que o levaram a publicar seu livro e quais os requisitos necessários para progredir na investigação da natureza. Julga que deve divulgar os resultados a que chegou, pois eles ajudarão a melhorar a sorte dos homens e os tornarão senhores, dominadores da natureza [...] O *Discurso do método* é o prefácio do pensamento moderno. (grifo do autor). DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 22-23.

²⁶⁹ Com exceção da lei natural, as demais devem ser transmitidas oralmente, por escrito ou mediante outro ato emanado da autoridade soberana a todos que são obrigados a lhe obedecer. Isso porquer a vontade de alguém só pode ser entendida por intermédio de suas palavras ou atos ou, ainda, por uma conjectura feita com base em seus objetivos e propósitos, os quais devem sempre ser considerados, na pessoa do Estado, em harmonia com a equidade e a razão. [...] As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei [...] As leis podem ser divididas em naturais e positivas. Naturais são as que têm sido eternamente leis; não são apenas chamadas naturais, mas, também, leis morais. Consistem nas virtudes morais, como a justiça, a equidade e todas as práticas espirituais que conduzem à paz e à caridade, abordadas no capítulo XIV e XV. HOBBS, Thomas. **Do contrato social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 218; 213 e 227.

limitações humanas reconhece que as leis civis²⁷⁰, não conseguindo prever todas as controvérsias futuras, devem ser preenchidas pelas leis naturais, não descartando (muito embora contrário) por completo o direito natural. Com esse intento, os contratualistas concebendo o nascedouro do Estado por um contrato social, ainda assim concebem a existência de certos direitos fundamentais (naturais), muito embora Hobbes compreenda que o direito natural, isto é, a lei natural do homem, possa ser limitada e restringida pela lei civil²⁷¹, salvo o direito de defender-se contra o Estado²⁷² que, sendo um direito natural fundamental, não poder ser objeto de renúncia pelo súdito quando do contrato social.

Conforme descrito pelo autor em comento, o direito natural (*jus naturale*) é a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder para preservar sua própria natureza, ou seja, resta o direito a vida apresentado como o primeiro grande direito fundamental assegurado pelo Estado Moderno, mesmo em um modelo Absolutista em que o soberano possuía poderes legiferantes ilimitados. Desta feita, muito embora considerado precursor do juspositivismo, Hobbes aceita o direito natural como “preenchimento” das lacunas existentes no ordenamento positivado pelo Estado, sendo esta função do direito natural uma das principais características do jusnaturalismo, posicionamento este aceito entre os escritores que, fomentando o racionalismo jurídico, deram azo às codificações napoleônicas. Prova disso, conforme restará discutido em momento oportuno, é o disposto no artigo 4º do referido diploma legal que previa o uso desse expediente.

Já Locke, tratando do jusnaturalismo, concebe que a positivação do direito deve estar nas mãos de uma assembleia e não apenas de um único indivíduo, como propunha Hobbes. Para tanto, diminuindo o poder Soberano do rei²⁷³, procura estabelecer a soberania do poder

²⁷⁰ Deve-se considerar aqui que não há coisa mais difícil, nem de êxito mais duvidoso, nem mais perigosa, do que o estabelecimento de novas leis. MACHIAVELLI, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 31.

²⁷¹ Cabe ao soberano, através da edição de leis cíveis, tornar obrigatórias as leis naturais, bem como delimitar seu conteúdo. Dada a existência da lei natural que proíbe violar os pactos, emerge a obrigação de observar todas as leis civis. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 33.

²⁷² A lei natural (*lex naturalis*) é a norma ou regra geral estabelecida pela razão que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir a sua vida ou privar-se dos meios necessários a sua preservação. HOBBS, Thomas. **Do contrato social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 107.

²⁷³ O estado natual tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas possses [...] Por fim concordo que o governo civil seja o remédio correto para os inconvenientes do estado de natureza, que deve certamente ser grandes, se os homens têm de ser juízes de suas próprias causas [...] mas desejaria que meus objetores lembrassem que os monarcas absolutos são somente homens. Ora, se o governo tiver de ser o recurso contra os males decorrentes de serem os homens juízes em causa própria, e não sendo por isso viável no estado de natureza, desejo saber que espécie de governo deverá ser este, e quão melhor será do que o estado de natureza, governo este em que um homem, à frente de muitos, tem a liberdade de ser juiz em seu próprio caso, impondo aos súditos tudo quanto lhe aprouver, sem que ninguém tenha a liberdade de indagar aos executores de suas vontades ou de controlá-

legislativo, apresentando-o como o Poder Supremo para configurar as diretrizes jurídicas de comando em um Estado. Assim o estado natural seria a razão como lei da natureza para governá-lo, não devendo os homens livres, iguais e independentes, prejudicar outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses²⁷⁴. Uma das grandes bandeiras levantadas pelo autor, partidário dos burgueses, é o direito à liberdade e a propriedade, tanto é que busca fundamentá-los na natureza humana²⁷⁵. Compreendendo a liberdade como um importante direito que a natureza proporciona ao ser humano, o autor concebe que os cidadãos, deixando a qualidade de súditos, não podem abrir mão dos direitos devendo, tão somente, transferi-los à comunidade criando a ideia de sociedade política/civil que se organiza objetivando garantir o direito à propriedade²⁷⁶. Justifica assim a necessidade de positivação de leis civis pelo poder Legislativo²⁷⁷ (*auctoritas*), poder este legitimado pelo voto e, portanto, competente para o exercício da referida função, mantendo a concentração de poder na figura do Estado

los, devendo todos a ele se submeter, faça ele o que fizer movido pela razão, pelo erro ou pela paixão. Opino que muito melhor será o estado de natureza, onde os homens não estão obrigados a submeter-se à vontade caprichosa de um rei. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p.16-20.

²⁷⁴ No pensamento político-moral de Locke, o supremo valor, pressuposto como evidente por si mesmo, é a ideia de liberdade. Ele estabelece uma distinção entre “liberdade natural”, que define como “ser livre de qualquer poder superior da terra”, e “liberdade do homem sob governo”, que é “a liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto a regra [estabelecida pelo poder legislativo e comum a todos] não prescreve e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, incógnita e arbitrária de outro homem”. Em outras palavras, ser livre, para um homem significa ser “senhor de si próprio” [...] Locke se impõe a tarefa de inferir a justiça da propriedade individual de uma fonte outra que não a revelação das Escrituras. Tenta realizar essa tarefa referindo-se à razão de que Deus investiu o homem para fazer o uso comum da terra “para maior proveito da vida e do conforto material”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 283-284.

²⁷⁵ Embora a terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra das suas mãos pode-se afirmar, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lho forneceu e no qual o deixou, mistura-se e superpõem-se ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 30.

²⁷⁶ Retomando o histórico do constitucionalismo, podemos sugerir três grandes tradições que hoje convivem. Em primeiro lugar, temos aquela da dogmática constitucional liberal ainda atuante – que poderíamos chamar de *constitucionalismo clássico* – que vê a Constituição a partir do projeto revolucionário liberal como instrumento de organização e limitação do poder político. BOLZAN, Moraes. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial (espaço-temporal) dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁷⁷ Sobre isso opino que qualquer um que tenha posses ou goze de qualquer parcela de território de um governo, por isso mesmo dá seu consentimento tácito e está obrigado a obedecer às leis desse governo, enquanto durar o desfrute, como qualquer seu dependente [...] Embora em uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme a sua própria natureza, isto é, agindo sempre em busca de sua própria preservação, somente possa existir um poder soberano, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário que entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo de afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 81-101.

Legislativo, ensejando um modelo democrático verticalizado (poder concentrado na mão do Estado Legislador).

Entendendo a democracia como a melhor forma de governo para atingir o desiderato por ele proposto, compreende que o poder legislativo teria seus limites restritos ao bem geral da sociedade. Sem ab-rogar a lei da natureza apresenta a sociedade civil como forma de tornar as leis naturais mais rigorosas, o que o faz pelo acréscimo de leis humanas que, resguardadas por penalidades conhecidas, têm o fim de garantir sua observância. Trata-se da convivência entre leis positivadas e leis naturais, estas objetivando suprir as lacunas²⁷⁸ daquela. O autor, tratando do tema, entendia que a observância rigorosa e cega da lei poderia até provocar malefícios, sendo conveniente que o executivo, representado pela figura do primeiro ministro, eleito pelo parlamento, composto por membros das castas abastadas, mitigando a severidade da lei (*ius facere!?*), poderia anistiar os faltosos, dando azo (salvo melhor juízo) ao que hoje resta reconhecido como Poder Discricionário.

Rousseau²⁷⁹, ao contrário dos dois primeiros, procura legitimar a construção legislativa não na vontade única do soberano (rei) nem na soberania compartilhada do(s) parlamento/proprietários (burgueses), mas, sim na vontade geral²⁸⁰ (maioria), contudo o faz ainda pautado na ideia de competência fruto da democracia representativa verticalizada com concentração do poder (*auctoritas*) na mão do Estado Legislador (legitimado pelo voto) e, sendo um junsnaturalista²⁸¹, trabalha com a ideia de impossibilidade de renúncia aos direitos

²⁷⁸ É essa a finalidade dos homens transferirem todo o poder que possuem naturalmente à sociedade à qual se filiam, sociedade que deposita o poder legislativo nas mãos que julga mais aptas para esse encargo, para que os homens sejam governados por leis explícitas; caso contrário a paz, a propriedade e a tranquilidade continuariam na mesma incerteza em que se encontravam no estado de natureza [...] Nem sempre o legislador pode prever, e prover por meio de leis, tudo aquilo que é útil à comunidade, portanto o executivo, tendo o poder nas mãos, pela lei comum da natureza, tem o direito de lançar mão dele para o bem da sociedade nos muitos casos em que falte a direção da lei, até que o legislativo, em reunião apropriada, sane a falha [...] Chama-se “prerrogativa” a este poder de agir pela discricção a favor do bem público, sem a prescrição da lei e, com frequência, até contra ela. Sabemos que em alguns governos o legislativo nem sempre está ativo e é, em geral, numeroso e lento para acompanhar a rapidez que a execução requer, e também porque é impossível prever, e portanto contemplar com leis, as infinitas vicissitudes que afetam o público. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 93-108-109.

²⁷⁹ Nos maus governos é aparente e ilusória essa igualdade, que só serve para manter na miséria do pobre e o rico na sua usurpação. De fato, as leis são sempre úteis aos que possuem, e danosas aos que nada têm, donde se deduz que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e quando nenhum deles têm demais [...] Para que a vontade seja geral, nem sempre é necessário que seja unânime, mas é preciso que todos sejam considerados; toda exclusão formal rompe a generalidade. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 31 e 34.

²⁸⁰ Com o projeto de uma república de leis em termos de democracia popular, dirigida pela *volonté générale* e com isso orientada em termos de conteúdo pelo bem comum (*bien commun*), Rousseau abandona o discurso icônico sobre o povo. MULLER, Friederich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 71.

²⁸¹ Terminarei este capítulo e este livro com uma observação que deve servir de alicerce a todo o sistema social; em lugar de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima toda a desigualdade física, que entre os homens lançara a natureza, homens que podendo ser

naturais. Apresentando preocupações quanto à vontade geral, como que prevendo os horrores a serem perpetrados pelo nazismo e facismo, aponta diferenças entre ela e a vontade de todos, uma vez que esta busca interesses privados, não sendo mais do que uma soma de vontades particulares e aquela busca interesses comuns.

Nesse contexto, o pacto social proposto por Rousseau não trata de uma convenção de um superior com um inferior, mas uma convenção (abstrativizada) do corpo com cada um de seus membros, sendo que a legitimidade desta convenção está fundamentada no contrato social. Ao contrário do pensamento professado por Hobbes, de que os súditos renunciam a seus direitos em prol de paz social, Rousseau apresenta a tese de que, em lugar da alienação, os cidadãos trocam, com proveito, a independência natural pela liberdade, e o poder de prejudicar outrem, pela garantia da própria segurança. Muito embora aproxime-se, com esse discurso, do modelo democrático participativo proposto no Estado Pós-Moderno, não logrou êxito em sua época, tendo sido injustamente acusado de propiciar a ditadura das maiorias isso pelo fato de, ao final, imputar à democracia representativa a fonte de toda legitimidade do estado civil pautado, assim como Locke, no modelo democrático verticalizado. O autor, corroborando em parte o disposto pelos outros dois modelos, também compreende o Estado como responsável/legitimado/competente para contruir as leis que determinam todos os direitos, o que faz fundamentando a estrutura do Estado Social na ideia de República e compreendendo inúteis os questionamentos sobre a responsabilidade pela confecção das leis, sendo estas atos da vontade geral. Mantendo a aposta na famigerada separação dos poderes, procura estabelecer limites também ao poder do legislador, algo que existia de forma tímida no modelo de Estado Liberal proposto por Locke e passava ao largo do modelo Absoluto proposto por Hobbes.

Nesse contexto, perpassando os elementos que fomentaram, inicialmente, a ideia de positivação do direito pelo Estado, a evolução estatal passou a compreender a Lei como única fonte legítima (*auctoritas*) do direito (onipotência do legislador/legalidade). Essa estruturação preocupada com a forma do direito, passando pela positivação (procedimento), acabou por desaguar na codificação das leis Napoleônicas de 1804/1808. Essa estrutura inicial vai se

dessemelhantes na força, ou no engenho, tornam-se todos iguais por convenção e direito [...] Mas quando se estabelecem facções, quando se formam associações parciais à custa da grande associação, a vontade de cada uma das primeiras torna-se geral no tacante a seus membros, e particular relativamente ao Estado [...] Finalmente, quando uma das associações é tão grande que vence todas as outras, o resultado não é mais uma soma de pequenas diferenças, senão uma única diferença; porque já não existe a vontade geral, e a opinião que triunfa é só uma opinião particular [...]. Como a natureza dá ao homem um poder absoluto sobre todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania como já disse. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 31 e 36-37.

tornando cada vez mais complexa até chegar em Kelsen²⁸², autor responsável pela estruturação de um ordenamento jurídico. Essa positivação do direito pelo Estado, sendo levada ao extremo passará a ser conhecida pela nomenclatura do Positivismo Jurídico, nova separação do direito quanto aos valores, agora não apenas os religiosos, mas, também, os sociais, econômicos e, em especial com Kelsen, a relativização da moral (marco do voluntarismo judicial)²⁸³, momento em que a *potestas* jurisdicional resta concebida pela *lex*.²⁸⁴

Diante do todo exposto, antes do efetivo estudo do juspositivismo, objetivando compreender essa sistemática que leva o direito do patamar de regramento natural até uma concepção aprofundada de regramento civil, resta premente o estudo de alguns importantes pensadores que delinearão esse projeto de positivação e posterior codificação do Direito. Para tanto, sendo Hobbes um dos grandes responsáveis por essa corrente de pensamento que propugna a ideia de positivação do direito, somando forças a Bentham e Austin (Codificação), enfrentarão as severas críticas perpetradas pela escola histórica, em especial por Savigny, jurista alemão contrário a qualquer forma de positivação/codificação do direito.

Nesse sentido, para compreensão do positivismo jurídico e seus desdobramentos, necessário se faz analisar, antes de tudo, as ideias e ideais que fomentaram a codificação do direito, discussões travadas, principalmente, na Inglaterra e na Alemanha, muito embora a codificação mais expressiva reste efetivada na França. Assim sendo, as contribuições de Hobbes, pautadas em um direito imposto pela vontade do soberano²⁸⁵, ensejaram inúmeros

²⁸² A conduta humana é ainda regulada num sentido positivo quando a um indivíduo é conferido, pelo ordenamento normativo, o poder ou competência para produzir, através de uma determinada atuação, determinadas consequências pelo mesmo ordenamento normadas, especialmente – se o ordenamento regula a sua própria criação – para produzir normas ou para intervir na produção de normas. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4, ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

²⁸³ Ver: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 1: A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade; WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito I**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995; WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito II**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995; WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito III**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

²⁸⁴ En 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**. Madrid: Trotta, 1995. p. 124.

²⁸⁵ Rousseau, por exemplo, substituirá o monarca único de Hobbes pela soberania popular; mas ela não será menos tirânica. Os liberais encabeçados por Locke irão se empenhar em restaurar as liberdades individuais do cidadão perante o Estado, mas não conseguirão fazê-lo sem pôr em risco a ordem pública ou sem

embates na Inglaterra no que restou concebido, na época, como modelos conflitantes de direito positivo traduzidos por *Common Law e Civil Law*²⁸⁶. Diante do já exposto no decorrer do presente estudo, o autor em comentário, objetivando diminuir o poder do clero, desencadeou uma nova estrutura de Estado em que, pelo contrato social, os homens constituiriam um ente fictício, artificial e idealizado que, possuindo poder soberano, seria o único legitimado para dizer o que seria justo ou injusto. Esse enfrentamento, dentre outros fatores, faria diminuir significativamente não só o poder do clero como também o poder dos juízes²⁸⁷ que, até então, não existindo ideia de regras superpostas, tinham plena liberdade (*auctoritas*) na “escolha” de suas decisões (*ius facere*). Com a proposta de alteração dessa estrutura estatal em que a jurisdição era livre, o Estado passaria a responsabilizar-se não só pela confecção das regras, mas, também, por sua aplicação. Agora o Estado (*Civil Law*) passa a ser o detentor do poder de coerção, ou seja, os juízes deixando de ser órgão livre (*Common Law*) da sociedade passam a estar subordinados ao Estado, acarretando a transição do *ius facere* para o *ius dicere*. A função jurisdicional (os juízes) perde(m) a ideia de *auctoritas*, esta agora centrada na mão do Estado Legislador. Aqui nasce a grande polêmica que, perpetuada no tempo e no espaço, chega até os dias atuais, ou seja, muito embora professasse a ideia de poder soberano ilimitado, centrado na figura do rei, Hobbes inicia a instigante/polêmica ideia de limites de poder, no caso do clero e dos juízes.

Com base nesta concepção, Hobbes nega a legitimidade da common Law, isto é, de um direito preexistente ao Estado e independente deste (seria quase uma espécie de direito natural). Já, na sua velhice avançada, o autor dedicou uma obra a essa polêmica contra a common law intitulada Diálogo entre um filósofo e um estudioso do direito comum da Inglaterra, no qual o filósofo (que é o próprio Hobbes) combate a common Law e o jurisconsulto (que é um discípulo do Sir Edward Coke²⁸⁸) a

umentar ainda mais o campo da injustiça social. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 754.

²⁸⁶ “O contraste se coloca na Inglaterra entre a *common law* (direito comum ou consuetudinário) e a *estatue law* (direito estatutário ou legislativo). A *common law* [...] um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório) [...] O direito estatutário se contrapõe à *common law*, sendo ele posto pelo poder soberano (isto é, o Rei e, num segundo momento, pelo rei juntamente com o Parlamento)”. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 33.

²⁸⁷ Hobbes se opõe ao direito reconhecido e acolhido pelos juízes, por mais sábios que os mesmos sejam, já “*que não é a sabedoria senão a autoridade que faz uma lei*”. Dentre dessa linha de idéias, 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. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 30.

²⁸⁸ Basta ler as palavras que, na manhã do dia 10 de novembro de 1612, dirigiu COKE ao rei JACÓ I, em resposta à afirmação deste de que se o direito estava fundado na razão, também ele, o rei, podia criar o

defende. Nesta obra Hobbes coloca na boca do filósofo a seguinte afirmação: Não é a sapiência mas sim a autoridade que cria a lei. Esta proposição tomou nitidamente partido entre duas típicas concepções do direito, aquela que considera o direito como furto da razão e aquele que o considera obra da vontade (neste sentido os medievais contrapunham, com um expressivo jogo de palavras, o direito que vale imperio rationes e o que vale racione imperi); para Hobbes o direito é expressão de quem tem o poder e por isto ele nega o valor à common law, que é produto da sapiência dos juízes²⁸⁹.

Tendo em vista o objeto do presente estudo estar focado, dentre outros elementos, na preocupação com a legitimidade das fontes produtoras do direito, essa passagem é esclarecedora quanto a concretização de poderes na figura do Estado Legislador (*ius facere e auctoritas*) momento em que os juízes, no tocante a jurisdição, restam legitimados apenas para aplicar a *lex (ius dicere)* e não mais para criar o *ius*. Do exposto, resta evidente que Hobbes pode ser considerado como jusnaturalista apenas no que diz respeito a aceitação de lacunas no sistema jurídico imposto pelo estado soberano, momento em que o direito natural poderia assim ser utilizado para supri-lo. No restante, no que diz respeito a legitimidade da fonte do direito, trata-se de um ferrenho juspositivista, predileção demonstrada no trecho citado, legitimando o poder pelo formalismo e pelo imperativismo, características essenciais/marcantes do positivismo jurídico²⁹⁰.

Apresentando pensamento diverso surge a escola histórica que, não só critica o jusnaturalismo como, também, é totalmente contrária a Common Law e a qualquer forma de positivação do direito, ou seja, é o perfeito contraponto às pretensões positivistas de Hobbes e as jurisdicionais de Edward Coke. Diante deste contexto, resta premente conhecer/compreender as digressões fruto dessa corrente doutrinária germinada em solo alemão. Muito embora a importância de autores como Gustavo Hugo, um dos principais responsáveis pelo nascimento da referida escola, no presente estudo serão analisadas, mesmo que de forma sucinta, as contribuições apresentadas por Carlos Frederico Von Savigny²⁹¹, não só pelo fato de ser o maior

direito, por ser tão capaz de pensar como um Juiz. Respondeu-lhe COKE que as causas que se referiam à vida ou à aquisição por herança ou 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. BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 93. (Coleção Ajuris, n. 5).

²⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 36.

²⁹⁰ [...] a) FORMALISMO [...] a definição do direito é dada apenas com base na autoridade que põe as normas, e portanto com base num elemento puramente formal; b) IMPERATIVISMO – o direito é definido como o conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe dados comportamentos aos seus súditos. Direito é um comando. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 36-37.

²⁹¹ Nesse contexto a Escola Histórica de Savigny, na Alemanha, vai iniciar todo um trabalho de construção e sistematização do direito partindo da tentativa de desvincular as instituições jurídicas e políticas da vontade dos indivíduos, retirando-lhes o direito de decidir sobre a ordem política. A legitimidade e cientificidade vêm

expoente da temática em questão, mas, em especial, pelas críticas realizadas a Bentham e pela ligação que possui com os estudos realizados por Austin, juspositivistas que serão abordados quando do estudo das codificações.

Apresentando a tradição como uma das principais características que fundamentam a escola histórica, Savigny, totalmente contrário a ideia de positivação e/ou codificação do direito, justifica seu posicionamento pela força das instituições e dos costumes que são forjados pela tradição de forma lenta, secular e duradoura. Por essa razão, ao contrário do que pensam os racionalistas, a doutrina histórica concebe que não existe um direito único/universal, sendo o direito um produto da história e não uma simples ideia da razão. O costume é, portanto, um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o “espírito do povo” (*Volksgeist*). Acaba, de tal modo, subvertida a clássica relação entre as duas fontes de direito, aquela refletida pela lei e aquela espontânea construída pelo costume, visto que geralmente se considera a primeira prevalente sobre a segunda²⁹².

O autor em comento compreendia o costume como direito fruto da construção histórica do povo independente de legitimação estatal, seja ela oriunda do poder Legislativo e/ou Judiciário, ponto de divergência importante uma vez que, destoando dos ideais democráticos centralizadores (democracia representativa) compreendia a importância do povo na construção do direito. Contudo, ao procurar espantar a ideia de um direito positivado/codificado/ordenado/constitucionalizado (o que a presente Tese não tem como pretensão) acabou, por seus seguidores (Austin, Ihering e Heck), deixando o direito nas mãos dos juízes, estes, desde Hobbes, concebidos como órgãos do Estado. Austin, influenciado por Savigny, muito embora concebesse a possibilidade de regramento pelo costume, ao contrário do seu mentor alemão, o entendia como direito apenas se fosse aplicado pelo judiciário, fomentando a ideia de legitimidade jurídica delegada para produção do direito. Esse procedimento proposto, muito mais do que criticar os posicionamentos jusnaturalistas e juspositivistas, fomentou o nascedouro de escolas sociológicas e realistas que, mais tarde, surgirão para posicionarem-se contrárias ao positivismo.

Assim Savigny, muito embora contrário aos ideais jusnaturalistas, juspositivistas e ao próprio Common Law, professava a ideia de um direito que fosse unitário e sistemático razão pela qual, na Alemanha do século XIX, a função histórica da legislação foi assumida pelo

da história e do mítico *Volksgeist* (*espírito do povo*), não da política. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 170.

²⁹² BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 52.

direito científico²⁹³ de Jhering que, servindo de alternativa ao direito codificado, criou em seu lugar a doutrina pandectista²⁹⁴. Contudo, antes desse salto do direito positivado, como certeza jurídica, para o direito fruto de decisionismos que ensejaram não apenas incertezas jurídicas como, muitos acreditam, também o totalitarismo nacional-socialista²⁹⁵, necessário se faz analisar o período de codificação do direito que, muito embora gestado na Inglaterra acabou nascendo na França.

Para tanto, analisados os primeiros passos realizados por Hobbes para transição da *common law* para a *civil law* (Estado Legislativo) como também as críticas da escola histórica em relação a todo o direito posto por uma autoridade competente (poder soberano) seja ele jusnaturalista e/ou juspositivista (Estado Sistemático/Científico), necessário se faz estudar as contribuições de dois grandes filósofos ingleses que, desgostosos com a labuta jurídica, se dedicaram aos projetos de codificação do direito objetivando uma sistematicidade que permitisse, para Bentham, preocupado com o conteúdo do direito, a transformação social e para Austin, preocupado com a forma a ser destinada aos juristas, uma técnica perfeita com base na coerência normativa e sua completude²⁹⁶.

O estudo dos autores propostos resta justificado pelo fato de que, salvo melhor juízo, o primeiro, contemporâneo da Codificação Napoleônica, destinará todas as suas forças na busca pela positivação/codificação do direito preocupando-se, como narrado, não só com o seu

²⁹³ A ciência moderna não tem uma representação fiel do mundo. De modo que, a exemplo de Descartes e de seus discípulos racionalistas, os empiristas substituem o real por um mundo fictício, produto do pensamento humano. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 611.

²⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 122.

²⁹⁵ O totalitarismo não é portanto o controle hipertrófico do Estado. É a instauração de um partido que tem um enorme poder e que controla o Estado. O Estado não é mais do que um instrumento nas mãos de um partido que controla tudo. O totalitarismo pode ser definido como uma organização total a partir de um partido único. MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie Europeias**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 55.

²⁹⁶ John Austin (1790-1859) exerceu algum tempo (1818 a 1825) a profissão forense, mas desta se distanciou depois, seja por motivos de saúde, seja por motivos morais (também ele, como Bentham, experimentava uma sensação de repulsa e descontentamento por esse ambiente), e se dedicou a estudos filosóficos, passando a fazer parte do cenário dos utilitaristas que vinha se constituindo em torno de Bentham. [...] Enquanto Bentham se ocupava principalmente da ciência da legislação, Austin se interessava, em vez disto, pela jurisprudência que subdividia em jurisprudência geral e jurisprudência particular. Enquanto a segunda estuda as características próprias de um ordenamento jurídico, a primeira estuda os princípios, as noções e os conceitos que são comuns a todos os ordenamentos jurídicos, isto é, a todo o direito positivo possível. [...] Finalmente, na terceira fase, Bentham projeta uma reforma radical do direito, mediante uma codificação completa que deveria sistematizar toda a matéria jurídica em três partes: direito civil, direito penal e direito constitucional. [...] Quanto aos *requisitos do código*, Austin especifica que por código se deve entender, como se faz com frequência (falando por exemplo de codificação justiniana) não mais uma coleta de leis preexistentes, mas sim a reformulação *ex novo* de todo o direito vigente numa sociedade de modo a haver um texto legislativo coerente e unitário; por outro lado, todavia, ele enfatiza que a inovação deve servir à *forma*, mas não ao *conteúdo* do direito que é codificado. A codificação deve, portanto, limitar-se a dar uma roupa nova – unitária, coerente, tecnicamente perfeita – ao mesmo direito que já vige. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 101; 102 95 e 114.

conteúdo como, também, com seus destinatários – cidadãos²⁹⁷. Já o segundo, vivenciando um período pós-codificação Napoleônica, também teorizando e justificando a necessidade e importância dessa codificação do direito passa a conceber o judiciário de forma distinta de seu mentor inglês, fato este que resta evidenciado pelo foco de seus estudos centrados na jurisprudência²⁹⁸ sendo, quiçá, nesse contexto e guardada as devidas proporções, uma das primeiras sementes do pensamento que passará a ser conhecido como escola do realismo jurídico. Diante do exposto, aproveitando-se da linha de pensamento professada por Hobbes, Bentham preocupado com os limites a serem impostos a criação judicial do direito²⁹⁹, sendo um utilitarista, compreendia que o fundamento do direito não seria a natureza humana, mas, sim a objetificação da ética, pensamento que supostamente o aproximaria dos jusnaturalistas³⁰⁰.

Austin, concebendo muitas das diretrizes apresentadas por seu mestre inglês, procura conciliá-lo com os pensamentos da escola histórica professada por Savigny de quem era um grande admirador. Assim, circulando entre o utilitarismo inglês e a escola histórica alemã, este jusfilósofo acaba professando uma nova realidade para o positivismo jurídico uma vez que, deixando completamente de lado o direito natural, assim como Bentham também propunha, compreende como possível a institucionalização do costume pelo judiciário. Retorna a ideia de legitimidade do judiciário como fonte do direito³⁰¹ (*ius facere*), contudo

²⁹⁷ Mas devemos lembrar que boas leis, se não forem obedecidas, não constituem um bom governo. O bom governo tem duas partes: uma consiste na obediência dos cidadãos às leis, a outra parte é se as leis às quais se obedece são boas. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 160.

²⁹⁸ A jurisprudência geral, ou filosofia do direito, não se refere diretamente à ciência da legislação. Trata diretamente dos princípios e distinções que são comuns aos diversos sistemas de direito particular e positivo e que cada um desses sistemas diversos, inevitavelmente envolve, seja ele digno de louvor ou de censura, seja de acordo ou não com uma determinada medida ou critério. Ou bem (mudando a frase) a jurisprudência geral ou filosofia do direito positivo diz respeito ao direito como ele necessariamente é, ou antes o direito como deveria (ought) ser; o direito como deve necessariamente (must) ser, *seja ele bom ou mau*, ou antes o direito como deve necessariamente ser, *se fosse bom*. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 102-103.

²⁹⁹ Quanto ao primeiro campo de investigação, desejo antes de tudo recordar que a própria expressão direito judiciário (“*judiciary law*”) foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, “*embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito*”. A reprovação de Bentham era motivada pelo fato de que ele via (e acentuava) sobretudo o “vícios” do direito judiciário: sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade de verificação.” CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. p. 17-18.

³⁰⁰ Contudo ele tem em comum com os filósofos racionalistas a ideia fundamental de que nasce o jusnaturalismo: a convicção da possibilidade de estabelecer uma *ética objetiva*, isto é, uma ética fundada num princípio objetivamente estabelecido e cientificamente verificado, do qual se pode deduzir todas as regras para o comportamento humano que passa assim a ter o mesmo valor das leis descobertas pelas ciências matemáticas e naturais (enquanto os fautores da *ética subjetiva* sustentam que os critérios segundo os quais formulam-se os juízos de valor são fundados exclusivamente no próprio sujeito que julga e não são condutíveis a um princípio objetivamente verificável). (grifo do autor). BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 33.

³⁰¹ Nosso autor não nega absolutamente a juridicidade do direito posto pelos juízes, mas, por outro lado, não sustenta tal situação contrastante com a própria concepção. E recorre ao conceito de *autoridade subordinada* que põe o direito a partir do poder que lhe é delegado pelo soberano; é bem verdade que os juízes criam o

esta função jurisdicional era delegada pelo Poder Legislativo, real detentor da legitimidade representativa (*auctoritas*), sistemática que é totalmente contrária aos pensamentos professados por seus mestres Bentham e Savigny. Contudo, muito embora compreenda a suposta legitimidade (transição do *ius dicere* para o *ius facere*), o faz nos moldes do discutido nos tópicos anteriores, ou seja, mantendo a ideia de centralização do poder na figura do Estado. Agora, o Judiciário, deixando de ser órgão livre (*auctoritas*), restou concebido, também, como um órgão do Estado restando enfatizado o modelo democrático representativo verticalizado.

Esse posicionamento exarado por Austin no que diz respeito a atuação do judiciário, deve vir acompanhada da lembrança de que ao fazê-lo ele deixa clara, como um bom positivista, a superioridade do soberano legislador (*auctoritas*) em detrimento do judiciário legislador (*ius dicere e facere*) razão pela qual resta abordado pelo presente estudo, ainda, no tópico Estado Legislativo/Sistemático. Para o autor em comento, a diferença entre direito judiciário e direito legislativo não reside no fundamento relativo as fontes do direito, isso pelo fato de ambos, na concepção de Austin, serem figuras estatais, mas, sim, no fundamento relativo ao modo/forma de produção do direito, sendo que o primeiro trata de normas gerais e abstratas e o segundo contempla normas particulares emitidas com a finalidade de regular controvérsia única e específica. Contudo, em ambos, a legitimidade que garante a competência para a criação do Direito é Estatal, fruto de uma democracia representativa. Para o autor o judiciário legislador (*ius facere*) compreende apenas uma função delegada do Poder Legislativo (*auctoritas*).

Como reflexo de todos esses pensamentos relativos as teorias da positivação e codificação do direito surge na França³⁰², logo após a efervescência pautada pelos ideais da revolução de 1789, a Codificação³⁰³ Napoleônica (1804/1808) influenciada pelos pensamentos

direito, mas isso não exclui a sua estatização, visto que eles agem com base no poder a eles atribuído pelo Estado. A distinção entre o direito legislativo e direito judiciário não significa, portanto, uma distinção entre direito estatal e direito não estatal, mas entre direito posto imediatamente e direito posto de modo mediato pelo soberano da sociedade política independente. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 109.

³⁰² A influência do contratualismo de Rousseau e a doutrina da separação dos Poderes de Montesquieu foram decisivas para o rumo que tomou o constitucionalismo na França e sua forma de controle. Assim, a vontade popular propalada por Rousseau e a importância que Montesquieu deu ao Legislativo (e a pouca importância que deu ao Judiciário), aliados ao fato de os juízes, por ocasião da Revolução, serem todos oriundos da aristocracia (*ancien régime*), fizeram com que se olhasse com extrema desconfiança a possibilidade de um Poder não popular modificar leis elaboradas pela vontade popular. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 53.

³⁰³ A falsa noção surgida da época codificadora estriba nisto que, por ser ela obra do legislador, já confere a este, para o sucessivo, a primazia da criação do Direito. A dupla inspiração jusnaturalista e enciclopedista da codificação deu lugar a uma diferença entre o sistema continental e o anglo-saxão no que toca ao papel que

racionalistas fruto do iluminismo, sendo apresentado ao ocidente uma das principais ferramentas de poder de um Estado legitimado pela democracia representativa verticalizada que, como não poderia deixar de ser, produziu profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno.³⁰⁴ Pautada no ideal do Legislador Onipotente/Universal objetivava ser um direito, ao mesmo tempo, fundado na natureza e voltado às exigências universais humanas, o que restou efetivado depois de vários projetos que foram encaminhados para aprovação. O definitivo é fruto dos pensamentos exarados por quatro juristas, dentre os quais Portalis apresenta-se como figura de destaque quanto aos esclarecimentos apresentados quando da interpretação do artigo 4º do referido diploma legal³⁰⁵.

Assim, muito embora idealizado para ser um código simples, unitário, coerente e universal, desde o início gerou polêmica. Contudo, esta não dizia respeito à estrutura jurídica apresentada, mas, sim, quanto a sua interpretação, em especial no que diz respeito ao referido dispositivo legal. Nesse sentido, pode-se dizer que o Código, que nasceu dos pensamentos gerados no racionalismo jusnaturalista, quando de sua interpretação transformou-se por completo, passando, de imediato, à compreensão juspositivista. A justificativa para esse giro doutrinário/dogmático é fruto da ideia de completude, tão cara aos positivistas, gerando discussão quanto a auto-integração e hetero-integração, ou seja, a possibilidade ou não de utilizar o direito natural para suprir as lacunas do direito positivado³⁰⁶, tendo vencido a teoria juspositivista exegética pautada na concepção auto-integrativa (Estado Legislador – Democracia Representativa).

Passado mais de um século, como desdobramento dessa forma de pensar o direito, nasce a ideia de ordenamento jurídico que terá Kelsen como seu principal expoente. Pautado, também, na figura da onipotência do legislador, somada a compreensão da norma

se atribui à legislação, num e noutro. BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 136. (Coleção Ajuris, n. 5).

³⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 63.

³⁰⁵ O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado culpável de justiça denegada. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 74.

³⁰⁶ No caso do silêncio (e também da insuficiência da lei), o problema fundamental é o seguinte: o juiz que necessita de uma regra para suprir (ou integrar) a lei, deve buscar tal regra no interior do próprio sistema legislativo (recorrendo a analogia e aos princípios gerais do ordenamento jurídico) ou no exterior desse sistema deduzindo-se de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo – moral ou aquele de direito natural – distinto do sistema do direito positivo)? Os modernos teóricos chamam a primeira solução de *auto-integração* e a segunda de *hetero-integração* do ordenamento jurídico. A solução adotada pelo positivismo em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 74.

fundamental, objetivará um ordenamento jurídico fundado na validade formal, concebendo assim um direito extremamente técnico e voltado aos juristas, razão pela qual resta “despreocupado” com sua efetiva aplicação ao caso em concreto, o que o faz com base nos critérios descritos em sua obra denominada Teoria Pura do Direito³⁰⁷, eixo sobre o qual se desenvolveram as principais teorias que compreendem o juspositivismo moderno.

Conforme se infere do exposto, a história do direito revela correntes que, somando pensamentos de autores que em determinados momentos divergem e em outros se coadunam³⁰⁸, propugnam teorias em que o direito resta cada vez centralizado na figura de um Estado Legislador e/ou Sistemático/Científico mantendo-se cada vez mais afastado dos cidadãos e, por consequência, da realidade prática para a qual deveria ser constituído, em especial pela discrepância quanto a forma de compreendê-lo no tocante as fontes de legitimação do poder. Nesse sentido, mais apegado a forma do que a substância, merece destaque o juspositivismo que descambou para o positivismo jurídico,³⁰⁹ este considerado não só quanto às fontes legislativas, mas, em especial, como forma interpretativa. O direito, deixando de ser natural, passa a ser positivado e, na sequência, codificado, transitando da razão para a vontade humana (onipotência do legislador) contexto em que, confundidos os termos validade e vigência, a lei torna-se imperativa pela legalidade fruto de um procedimento adotado por uma autoridade política competente, esta legitimada por um pseudo jogo democrático representativo (verticalizado), sistemática garantida pelo voto como suposta garantia de participação popular³¹⁰.

O Legislador, nesta fase do direito, despreocupado com o conteúdo positivado/codificado/ordenado apresenta sistemas complexos de positivação da regra em que

³⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁰⁸ No mundo do pensamento, as inovações raramente cancelam o antigo, mas, muitas vezes, a ele se superpõem, de forma que a reação a um movimento de pensamento assinala o retorno às ideias contra as quais o próprio movimento reagira. Assim ocorreu na reação ao pensamento positivista entre o final do século XIX e o início do século XX. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX, p. 35.

³⁰⁹ Haja vista que, para o positivismo jurídico, o Direito é apenas um sistema de regras que produz um raciocínio jurídico calcado nos modelos subsuntivo e discricionário. O modelo subsuntivo, de cunho eminentemente lógico-dedutivo, busca extrair da regra, através do seu confronto com um fato concreto, as consequências jurídicas, quando cabíveis, previamente dadas. Já o modelo discricionário é reconhecido pelo positivismo jurídico, a partir do momento em que a situação da vida não está respaldada pela regra ou, quando permite a escolha da forma de aplicação da mesma, dentre várias possibilidades. Neste caso, o intérprete/aplicador “*dimensiona*” as consequências jurídicas que serão aceitas, fundadas, na maioria dos casos, em constatações subjetivas. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX, p. 10

³¹⁰ A voz dos animais serve unicamente para expressar a *vontade*, em suas excitações e movimentos, mas a voz humana também serve para expressar o *conhecimento*. É por isso que os sons feitos pelos animais quase sempre nos causam uma impressão desagradável, com exceção de algumas vozes de pássaros. SHOPENHAUWER, Arthur. **Arte de escrever**. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 145.

a forma, pautada na ideia de validade normativa, passa a ter muito mais importância do que a efetiva substância³¹¹ (sistemática também adotada no pandectismo alemão), razão pela qual necessário se faz analisar, mesmo que de forma sintética e sem o aprofundamento que mereceria, as teorias positivistas. Assim, realizado o necessário recorte acadêmico, o estudo do positivismo que interessa para a discussão que se propõe, esperando não pecar pelo reducionismo, está focado nos dois modelos que mais impacto causaram, e ainda causam, no mundo contemporâneo, ou seja, o Positivismo Exegético e o Positivismo Normativo, sendo este último a linha eixo da forma de pensamento apresentada por Kelsen³¹². Realizados os esclarecimentos, restarão analisadas as estruturas desse pensamento jurídico gestado³¹³ no Estado Moderno e que, ainda hoje, possui forte influência no direito.

A importância do estudo do positivismo exegético resta justificado por ser a primeira³¹⁴ a preocupar-se com a forma da produção do direito apresentando o legislador onipotente como o único legitimado (democrático) a emitir comandos/ordens (*auctoritas*) reconhecido(a)s pelo sistema jurídico como passíveis de coerção. Nesse sentido, ao contrário do que vinha sendo reconhecido pelo jusnaturalismo os juspositivistas, não aceitando a ideia de lacunas, compreendem como direito apenas a lei (*ius* subsumido pela *lex*) que, sendo universal, geral e abstrata, com base no princípio da unidade e completude, contemplaria todas as respostas às perguntas fruto dos casos concretos. Assim, nessa nova modalidade do pensamento jurídico o juiz (*ius dicere*), considerado boca da lei (*ius = lex*), não mais poderia optar pelo sistema híbrido (hetero-integrativo representado pelo direito estatal/lei civil e direito não estatal/direito natural), mudança oportunizada pela interpretação do artigo 4º da

³¹¹ Na realidade, o positivismo sufocou a dimensão auto-reflexiva da ciência, colocando no lugar dela uma fé irreflexiva na metodologia. WARAT, Luís Alberto. Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross *In*: WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito II**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 103.

³¹² O trabalho fundamental proposto para a construção de um modelo ideal que domina a ciência jurídica, é o da determinação de um sistema unitário de conceitos relacionados em um discurso, sem ambiguidades internas. WARAT, Luís Alberto. Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross *In*: WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito II**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 105.

³¹³ [...] a laicidade, o respeito a razão profana, vêm da escola de São Tomás; o individualismo e suas consequências, o positivismo jurídico, o conceito de direito subjetivo surgem da escola rival do começo do século XIV, da escolástica franciscana e, sobretudo, do nominalismo de Guilherme de Ockham. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 178.

³¹⁴ Esse primeiro quadro eu menciono, no contexto de minhas pesquisas – e aqui talvez resida parte do “criptograma do positivismo” –, como positivismo primevo ou positivismo exegético. Poderia ainda, junto com Castanheira Neves, nomeá-lo como positivismo legalista. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

Codificação Napoleônica³¹⁵ que, a princípio, teria sido forjada nos pensamentos jusnaturalistas fruto do racionalismo iluminista do século XVIII.

A escola em questão, preocupada com a certeza da aplicação dos ditames jurídicos que expressavam os ideais da Revolução Francesa, propugnava por uma interpretação jurisdicional (*ius dicere*) mecânica e passiva do Código (auto-integrativo). Com esse intento, concebia a lei como sendo fruto do Estado Legislador/Civil³¹⁶ que constituído pelo contrato social, deveria garantir a certeza do direito³¹⁷, o que só seria possível pela implementação da doutrina da separação dos poderes.

Nesse sentido, como ferramenta necessária para inibir a criação do direito pelo judiciário, surge a famigerada interpretação por etapas³¹⁸ em que, adotando-se o método³¹⁹ fruto de um procedimento lógico³²⁰ silogístico³²¹, o “aplicador” do código deveria encontrar as

³¹⁵ Na verdade o artigo 4º não desempenha a função de válvula de segurança que garanta o poder de criação do direito por parte do juiz, como era a intenção de seus redatores e, em particular, de Portalis; por outro lado, verificou-se aquele fenômeno histórico que Savigny, em 1814, escrevendo *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, havia previsto e receado quando a codificação vigorasse na Alemanha, isto é, a brusca interrupção do desenvolvimento da tradição jurídica e, principalmente, da ciência jurídica e a perda por parte desta última de sua capacidade criativa. [...] Isso acontece efetivamente na França com a *escola da exegese*, cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código, enquanto que aquela que a sucedeu, a *escola científica*, assumiu esse nome precisamente para destacar que se propunha uma elaboração autônoma de dados e de conceitos jurídicos cuja validade fosse independente e transcendesse o próprio Código. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 78.

³¹⁶ As forças particulares não podem reunir-se sem que todas as vontades se reúnam. A reunião dessas vontades, diz ainda muito bem Gravina, é o que chamamos ao ESTADO CIVIL. MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 26.

³¹⁷ Uma terceira causa, que pode ser considerada como a justificativa jurídico-filosófica da fidelidade ao Código, é representada pela *doutrina da separação dos poderes*, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado – a legislativa, a executiva e a judiciária – a três órgãos constitucionais distintos). Com base nessa teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera da competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei [...]. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 79.

³¹⁸ Estas longas cadeias de razões, tão simples e fáceis, e das quais os geômetras costumam servir-se para chegar às suas mais difíceis demonstrações, haviam-me dado ocasião de imaginar que todas as cousas que podem cair sob o conhecimento dos homens se encadeiam do mesmo modo e, desde que nos abstenhamos somente de aceitar por verdadeira alguma que não o seja, e respeitamos sempre a ordem necessária para deduzi-las umas das outras, nenhuma pode haver tão afastadas as quais não possamos por fim chegar, nem tão ocultas que não as possamos descobrir. DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 40.

³¹⁹ O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objectivar os fenómenos, os objectualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenómenos, os caricaturiza. É, em suma e finalmente, uma forma de rigor que, ao afirmar a personalidade do cientista, destrói a personalidade da natureza. Nestes termos, o conhecimento ganha rigor o que perde em riqueza e a retumbância dos êxitos da intervenção tecnológica esconde os limites da nossa compreensão do mundo e reprime a pergunta pelo valor humano do afã científico assim concebido. MORIN, Edgar. **Problemas de uma sociedade complexa**. In: MORIN, Edgar. **O problema epistemológico da complexidade**. (org.) 3. Ed. Portugal: Publicação Europa-América, 2002. p. 13-14.

³²⁰ Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se

respostas jurídicas na lei que, implicitamente, já traria em seu bojo todas as respostas necessárias ao deslinde do feito, sistemática fruto de uma relação sujeito/objeto. Nesse contexto resta justificado o necessário estudo dessa escola que, dando início à filosofia do positivismo jurídico, apresenta como importante marco teórico a onipotência do legislador que deve ser assegurada a todo custo, ou seja, não só pela forma/método apresentado para a interpretação legislativa, mas, também pela separação dos poderes³²² evidenciando, nesse sentido, a completa submissão do judiciário (*ius dicere*) ao legislativo (*auctoritas*)³²³, sistemática fruto de uma realidade construída no bojo do referencial democrático representativo em que a legitimidade do voto (povo ícone/legitimador) garante a estrutura verticalizada de concentração do poder na mão do Estado Legislador/Sistemático.

A teoria apresentada por Kelsen, por sua vez, perpassando a fase da codificação Napoleônica, procura excluir qualquer influência externa na construção do ordenamento jurídico. Desta feita, o estudo de Kelsen resta justificado pela sistematicidade³²⁴ rigorosa do

torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações (recordem-se as célebres palavras ditas por Montesquieu e Beccaria a este respeito). A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 80.

³²¹ Esta ciência construtiva e dedutiva do direito recebeu usualmente o nome de *dogmática do direito*, que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou discussão. Com base em tais conceitos o jurista deve extrair – realizando uma pura operação de dedução lógica – as normas que servem para resolver todos os casos possíveis. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 220.

³²² Finalmente com MONTESQUIEU, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das constituições [...] O sistema de separação de poderes, consagrado nas constituições de quase todo o mundo, foi associado a idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são *atos gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consiste na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir [...] Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de *atos especiais* [...] E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219-220-221.

³²³ Ao passar do século XIX para o XX [...] O *sistema oitocentista clássico* tem como objeto a estrutura do direito; move-se no âmbito da teoria do direito; o centro de seu interesse é a completude; serve ao conhecimento do direito. O sistema *novecentista* tem como objeto a função do direito; move-se no âmbito do direito positivo; o centro de seu interesse é a lacuna; serve à aplicação do direito. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX, XXXI.

³²⁴ Tal como as normas do Direito, também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (v.g. por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus). Neste sentido a Moral é, como o Direito, *positiva*, e só uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa para a ciência do Direito. [...] Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o

seu pensamento. A Teoria Pura do Direito³²⁵, apresenta e representa a sua formulação mais completa de um sistema em que o direito passa a produzir direito. Com esse intento concebe o Direito e a Moral como espécies de sistemas normativos diversos³²⁶ e, procurando enfrentar a problemática relação entre esses dois universos normativos, propugna a desmistificação das concepções universais, o que faz relativizando a ideia de moral³²⁷. A grande preocupação do autor (Kelsen³²⁸), como um bom positivista, é a validade formal/procedimental das regras emanadas do poder competente e não a substância do direito produzido por esse poder³²⁹.

Como resultado dessa sistemática adotada, onde a teoria estrutural passa ser o foco principal das forças empregues nesse engenho, surge a despreocupação com a gênese³³⁰ e/ou evolução desse ordenamento jurídico. Em nome da forma e do procedimento, restam desconsideradas a substância e o conteúdo, contexto em que a estrutura formal ganha tamanha

fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem [...]. As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 70 e 33.

³²⁵ Pensamento jurídico que continua com frequência a ser chamado de “sistemático”, porque a tradição conotou positivamente esse termo: desde as origens, a sistematicidade de uma exposição coincidia com a sua cientificidade. Na verdade, da leitura resultará claro que o sistema oitocentista “para dizer” (aquele externo, didático, clássico, válido para todas as matérias) é completamente diferente do sistema novecentista “para fazer” (que é interno ao direito, pertence apenas ao próprio direito, instrumento não para o conhecimento, mas para a aplicação do direito) [...] Esse modelo de sistema jurídico interno evoca a imagem de uma pirâmide normativa, da qual são satisfatoriamente explicados as faces, as bases e os ângulos, mas não o vértice. Para além da metáfora, essa concepção Kelseniana parece explicar bem todo o mundo jurídico existente, mas menos bem o momento de sua origem. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX, XXX e p. 66.

³²⁶ Em que sentido a norma é algo que se põe no plano do *dever-ser*? O princípio que governa o mundo do *ser* é, com o já dissemos, o princípio da *causalidade*, de tal maneira que tudo o que acontece pressupõe uma causa; ao contrário, no mundo do *dever-ser*, o princípio dominante é o da *imputabilidade*, em virtude da qual se atribui um consequência em razão da prática de determinado ato. REALE, Miguel. Kelsenismo. **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 47, p. 462.

³²⁷ A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 75.

³²⁸ De forma muito mais sofisticada, Hans Kelsen tenta excluir a noção de soberania, assim como a de poder constituinte, do universo constitucional. Kelsen defende que não há centro político, não há um soberano concreto. A soberania não é uma substância ou fato, mas uma idéia, um pressuposto. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 20.

³²⁹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX, p. 113

³³⁰ A teoria pura do direito é uma teoria estrutural do direito [...] Uma teoria jurídica estrutural é, portanto, a-histórica: pretende descrever o direito como ele é, mas não se interessa por sua gênese ou evolução. Em particular, ela busca as constantes estruturais do direito em sua forma, mas não em seus conteúdos. Uma teoria estrutural do direito é, também, uma teoria formalista. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX, p. 120-121.

dimensão que o conteúdo nele inserido, cada vez mais “avalorativo”³³¹, permite “*dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*”³³², solidificando a concepção científica do direito³³³ fundamentada em jargões abstratos³³⁴, nos moldes do que também ocorreu, na Alemanha, no período das jurisprudências que, como restará demonstrado no próximo tópico, muito embora altere o *locus* produtivo do direito (do legislativo ao povo pelo judiciário), resta mantida a centralização do poder na figura do Estado, agora não mais o Estado Legislador, mas, sim, o Estado Juiz, ambos garantidos pelo ideal verticalizado de poder em que restam plasmados os elementos volitivos (da vontade do Estado Legislador à Vontade do Estado Juiz).

3.2 O Estado Jurisdicional e seu Protagonismo

Analisados os expedientes que, em um período histórico do direito em que o abstrativismo fulcrado em supostas vontades democráticas representativas, levaram, dentre os sistemas estudados, a concepção de um juiz boca da lei, necessário se faz compreender o seu extremo oposto, momento em que o Estado Jurisdicional torna-se protagonista, instituindo a ideia, dentre outros elementos que o compreendem, de um juiz legislador.

3.2.1 A Construção da Epistemologia Jurídica Calcada na Vontade do Julgador: o subjetivismo pela vontade do julgador

Analisados os elementos que estruturaram a complexa positivação, codificação e ordenamento do direito no Estado Moderno, em especial a transição do fundamento Racional

³³¹ É preciso ter claro que, no paradigma do Estado Democrático, o direito passa a se preocupar – em razão das contingências históricas – com a democracia e, portanto, com a legitimidade do direito (problema da validade, pois), problemática que até então era “cindida” pela “ciência do direito”; de um lado, o direito, e sem preocupação com a “razão prática”, e de outro, o território no qual a penetração do direito não tinha “conotação valorativa. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67.

³³² Ora, se não existem fatos e, sim, somente interpretações, é possível dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, inclusive negar a história, a memória e a tradição [...]. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37.

³³³ O problema do desenvolvimento do direito, tal como a vida o põe, é resolvido de facto pela jurisprudência e pela ciência que a prepara. Sobre o conjunto das idéias legislativas de comandos, historicamente determináveis, ergue-se um molde cada vez maior de comandos nascidos dessa actividade construtiva e que passam para a vida. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 113.

³³⁴ O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são resolvidos no atacado [...]! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir “*teses*” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do “leito de Procusto”, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc). E as ações são julgadas por “pilhas”. Por isso, a repergunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em que? STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 144.

para o Volitivo, resta premente estudar essa nova configuração em que o direito, perpassando as fases narradas se entrega a cientificidade. Muito embora o direito como ciência apareça também na teoria juspositivista normativa de Kelsen, é com Jhering que ela inicia uma importante transição da legitimidade do Estado Legislador (*auctoritas*) para a legitimidade do Estado Juiz³³⁵ (*ius facere*), momento em que o direito, mantendo a centralização do poder na mão do Estado e garantindo a estrutura democrática representativa verticalizada, dá azo à um Judiciário Ativo/Protagonista, procedimento conhecido na Alemanha como período das jurisprudências e nos Estados Unidos como período do Realismo Jurídico. Em ambos os casos, muito embora reste discutida a legitimidade democrática do procedimento narrado, o Judiciário apresenta-se, para a sistemática em comento, como um poder legitimado a produzir regras. Compreendido não mais como um órgão livre, mas, sim, como órgão do Estado (nos moldes do pensamento Hobbesiano ao instituir a ideia de Estado Moderno), nesta fase ocorre uma reestruturação da Jurisdição (*ius facere*) mantendo, contudo, a ideia democrática representativa em que a *auctoritas* permanece verticalizada pelo Estado e não nos legitimados processuais (proposta democrática pós-moderna), ampliando-se o ideário volitivo. Os novos contornos sociais fruto desse momento histórico (em especial na Alemanha) transferem a vontade do Estado Legislador para a vontade do Estado Juiz^{336, 337} podendo este (como ocorreu

³³⁵ Assim como a leitura, a mera experiência não pode substituir o pensamento. A pura empiria está para o pensamento como o ato de comer está para a digestão e assimilação. Quando a experiência se vangloria de que somente ela, por meio de suas descobertas, fez progredir o saber humano, é como se a boca quisesse se gabar por sustentar, sozinha o corpo. SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 49.

³³⁶ A questão que preocupa os autores da social-democracia alemã durante a república de Weimar, para Morramao, é reverter o processo de perda da centralidade do parlamento, enfretando o crescimento do poder burocrático e o deslocamento de funções do legislativo para o judiciário. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 303.

³³⁷ Vi sono tempi stasi sociali in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l'accompagna passo per passo; ma vi sono tempi di rapida trasforazione in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il percursore, lá antesignano, l'incitatore. Noibci siamo tanto volte, in questi dieci anni, di fronte alla inerzia del legislatore: e nella vana attesa di nueve leggi inutilmente sollecitate, ci siamo rivolti fiduciosi alla giurisprudenza, nella speranza che essa, nella carenza del legislatore, avvertisse direttamente le esigenze dei tempi nuovi e coraggiosamente le accogliesse nelle sue decisioni, quasi per indicar la via al Parlamento. Ma quasi sempre ci siamo trovati di fronte ad altrettanta inerzia: in certi casi, chi aveva contemporanea esperienza, com'è accaduto a me, dei procedimenti legislativi e di quelli giudiziari, ha potuto credere che tra potere legislativo e potere giudiziario si fosse aperta una gara di attesa, un specie di connivenza di immobilità: a chi in Parlamento proponeva certe riforme che sembravano urgentissime, magari anche certi piccoli ritocchi della legislazione che avrebbero potuto essere compiuti col cambiare un articolo, il ministro competente rispodeva che per raddrizzar quell'articolo il meglio era rimettersi all'interpretazione evolutiva dei giudici; ma quando andavamo a battere alla porta dei giudici, ci sentivamo rispondere che le leggi erano quelle scritte, e che il giudice non poteva far altro che attendere che il legislatore si decidesse a mutarle. Ora io penso che questa specie di ostentata immobilità dei giudici di fronte alle carenze del legislatore, la quale quasi si compiace di mettere in evidenza, coll'applicarler alla lettera, la decrepitezza delle vecchie leggi non più corrispondenti alle mutate esigenze della società, non corrisponda più allo spirito di fattiva e fiduciosa cooperazione tra poteri che vi dev'essere in regime democratico. CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1968. v. 1, p. 611-612.

na Alemanha) ser apenas um braço que explicita a vontade dos partidos políticos (democracia representativa), conforme restará tratado quando do período das jurisprudências dos interesses, sendo que esta “facção totalitária” já restava apresentada como uma preocupação levantada por Rousseau³³⁸ quando da distinção entre os termos vontade geral e vontade de todos.

As doutrinas em comento têm, como eixo comum, a ideia de um judiciário ativo que, deixando de lado o positivismo exegético (juiz “boca da lei” – *ius dicere*³³⁹), resta questionado quanto a sua legitimidade para a criação do direito (solipsismo – *ius facere*) uma vez que, em doses homeopáticas vai se desligando do modelo proposto por Austin que o reconhecia como um poder dependente do legislativo (função delegada). Conforme restará demonstrado no decorrer do trabalho, esse ativismo, muito embora tenha nascido tímido com Jhering e Heck, restará extremado no período do nacional socialismo que, deixando de complementar o arcabouço jurídico, passa a servir aos interesses de uma determinada casta política, real detentora da *auctoritas*.

Nesse período os juízes³⁴⁰, desvencilhando-se da técnica positivista moderna de imparcialidade e neutralidade, procuram aproximar-se da “realidade”, contudo o fazem de

³³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

³³⁹ [...] puede referirse al poder que posee una determinada autoridad (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 potestad de enjuiciamiento y decisión de determinados conflictos sociales con arreglo a criterios jurídicos (función jurisdiccional). [...] desde el punto de vista etimológico *iusdictio* es la potestad 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 espontáneamente. [...] De esta vinculación de la *iusdictio* 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. In: VALDES, Ernesto Garzon; LAPORTA, Francisco, J. **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 1995. p. 221.

³⁴⁰ Mas, ainda que o “Big Government”, com a sua “Big Burocracy” seja inevitável, a grande questão – na verdade é o grande desafio do nosso tempo – é de saber se, também, os poderes desse “Big Government” devem permanecer incontroláveis. A resposta, a única resposta possível, não pode ser outra senão a decisivamente negativa. E o contra-peso dos “ramos” políticos, o único contrapeso seriamente pensável está no poder dos juízes de controlarem a atividade desses mesmos braços (políticos). Disso resulta que, caso não se queira um poder legislativo e administrativo sem freios, o poder do “terceiro ramo” deve assumir uma expansão com a mesma medida daquela dos outros poderes. O judiciário, em suma, deve, por sua vez, tornar-se o “terceiro gigante” na cosmologia do Estado Social Moderno. Essas, assim vistas, não são especulações abstratas. **A expansão do Judiciário está**, na verdade, perante os nossos olhos. O controle jurisdiccional da atividade administrativa foi sendo esparramado como manchas do óleo nos países ocidentais no curso dos últimos cem anos; e mesmo na França, onde havia se movimentado, ulteriormente sofreu um abalo impressionante no seu expansionismo no momento em que, com a V República do General de Gaulle, os poderes legislativos e Executivo foram enormemente alargados. E que, por isso, a Justiça Administrativa tenha sido, em grande medida, a fonte criadora do Direito Administrativo, tema por demais notório para ser aqui rememorado. Por seu turno, a afirmação e a expansão, num crescente número de países ocidentais, do controle jurisdiccional das leis, com toda a sua enorme potencialidade criativa universalmente reconhecida, é um desenvolvimento indubitável dentre os mais relevantes e caracterizadores do último pós-guerra. Certamente, este formidável crescimento do papel do Judiciário, este seu emergir como “terceiro gigante”, tendo a função não mais somente a de solucionar lides, substancialmente, entre os particulares, mas a de

forma solipsista (procedimentos volitivos, portanto, verticalizados e antidemocráticos), passando a legislar (*ius facere*) e não mais apenas aplicar a lei (*ius dicere*). Para tanto, voltando a separar Direito e Lei, que restaram confundidos/unidos pelos positivismos, utilizam-se dos mais variados argumentos (sociais, econômicos, políticos, etc..) para justificar as decisões que, como narrado, mantendo a verticalidade própria do positivismo, deixam de ser legitimadas pela democracia participativa horizontal. Assim, prisioneiros de suas subjetividades, transformam-se em campo fértil para decisões concebidas, hoje, não só como discricionárias (conveniência e oportunidade do julgador) mas, em muitos casos, arbitrárias. Diante deste contexto, conforme narrado no tópico anterior, a presente pesquisa iniciará tratando do tema pela busca da compreensão do período das jurisprudências na Alemanha, tendo como ponto inicial a Jurisprudência dos Conceitos do primeiro Jhering.

Assim, conhecidos os caminhos que, saindo de um direito disléxico (sistema externo), passou pelo rigor absolutista hobbesiano até chegar ao positivismo exegético (sistema interno), transformando o juiz em boca da lei (*ius dicere*), imperioso se faz estudar o período das jurisprudências na Alemanha que, objetivando superar o positivismo e/ou apresentar-se como alternativa ao jusnaturalismos, à codificação e ao Common Law, apresenta o judiciário como fonte (volitiva) produtora/criadora do direito (*ius facere*). O período das jurisprudências, muito embora (na época) tenha sido apresentada como novidade, na prática, pelos procedimentos que lhe eram inerentes, garantia a continuidade da corrente por ela combatida. Assim como no positivismo, desconsiderando a importância do teor/substância do conteúdo do direito produzido, mantinha-se preocupada com a forma e o procedimento, ou seja, como fruto da *auctoritas* Estatal pretensamente legitimada pela democracia representativa, razão pela qual (hoje) a presente pesquisa (diverso do que fora concebido na dissertação de mestrado) questiona se essa sistemática realmente ripristinou o pensamento professado no estado medieval, uma vez que naquele período a jurisdição processual era dotada de *auctoritas* (*Common Law* – inexistência da centralização de poder na figura do Estado, período em que o judiciário, pela experiência³⁴¹, figurava como real fonte produtora do direito) ou, se pelo apego a forma e ao procedimento, está muito mais próximo do

controlar Parlamentos e Administrações Públicas, não é, por si só, um acontecimento privado de incógnitas e de perigos. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologia e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. v. 1, p. 10-11.

³⁴¹ Da obrigação de utilizar os conhecimentos pessoais, deriva o princípio de que o juiz deve conceder proteção aos interesses que dela considerar dignos, mesmo que na lei os *não* encontre especialmente *protegidos*; deve, portanto, procurar conhecer os interesses da comunidade jurídica, não só através da lei, mas também por meio da sua própria experiência da vida. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 235.

positivismo (autoridade e imperatividade). Assim, almejando conhecer/compreender os mecanismos em comento,³⁴² o estudo inicia com a jurisprudência dos conceitos³⁴³.

Ao tratar o direito como ciência³⁴⁴, muito embora a Jurisprudência dos Conceitos tenha seu nascedouro em Jhering, necessário lembrar da imbricada relação desse autor com Savigny. Este, embora contrário a posituação do direito não era contrário a sua sistematização o que, para o autor, deveria ser feito de forma técnica e descentralizada da figura do Estado. Porém seus seguidores, Jhering e Heck, assim como já realizado por Austin (que também teve contato próximo com Savigny) quando de sua proposta de Codificação, restaram despreocupados com o conteúdo, apresentando um sistema jurídico endereçado aos juristas. Estes, objetivando a não codificação, utilizaram a concepção democrática (representativa) para legitimar um Judiciário Legislador (órgão estatal) como uma nova modalidade de centralização do poder verticalizado³⁴⁵.

³⁴² A expressão *legal realism* (realismo jurídico) foi posta em circulação por K. N. LLEWELLYN, professor da Universidade de Colúmbia, e pelo juiz JEROME HOLMES, em 1930, como se lê num de seus escritos – onde acrescenta que pronto se convenceu de que a designação era pouco feliz, eis que nada tinha a ver com o que, à luz da tradição filosófica, se constuma contrapor ao nominalismo (realismo lógico) ou ao idealismo (realismo metafísico), cumprindo-lhe apenas descrever um necessário e justificado movimento de rebelião contra o que denominou de pseudo-racionalismo tradicional”. [...] “Uma observação, todavia, aqui nos parece indispensável no sentido de estabelecer certa distinção que, sem negar de maneira radical a proximidade dos pontos de vista do movimento de observação da realidade jurídica (*legal realism*) com os da Escola do Direito Livre (*Freirechtschule*), sirva ao menos para destacar o que de sumamente peculiar apresenta a tendência americana, aliás assim excelentemente resumida na conhecida afirmação de JEROME FRANK, a saber, que não se trata de postular se podemos decidir livremente, mas de admitir que gozamos desde logo desta liberdade [...] Não exageremos, porém. Essa atitude da doutrina da realidade jurídica, embora pareça tão extremada como a da Escola do Direito Livre, em verdade o é muito menos. BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 28; 31-32. (Coleção Ajuris, n. 5).

³⁴³ Lembremos, no entanto, que a jurisprudência dos conceitos foi o modelo alemão similar à exegese francesa: enquanto na França o direito era feito pelos legisladores, na Alemanha foi feita por professores. FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 72.

³⁴⁴ A interpretação histórica em sentido estrito, isto é, a determinação dos fenómenos psicológicos que acompanham a declaração, pode considerar-se como parte de uma actividade mais complexa e tão integrada no conjunto que a todo este se estenda o nome de interpretação. Esses actos conexos podem ser investigações causais mais profundas ou actos do pensamento emocional. No primeiro caso, o alargamento da interpretação histórica resulta de a investigação ultrapassar o conteúdo do pensamento. Dar-lhe-ei o nome de investigação das circunstâncias e das causas ou interpretação da situação ou dos motivos, em sentido lato [...] É o que se dá, nomeadamente, nos trabalhos históricos: atende-se, por exemplo, como notam SIMMEL e WEBER, às declarações duma personalidade histórica para delas se tirarem conclusões sobre o seu carácter ou sobre particularidades da vida coeva que as determinaram e que por meio delas pode ser conhecidas. Mas esta forma de proceder não é exclusiva da ciência: aparece a cada passo na vida corrente. A crença na realidade dos factos que nos são comunicados resulta precisamente duma interpretação casual mecanizada. O fenómeno torna-se manifesto, logo que temos razões para duvidar da veracidade do informador. A dificuldade do trabalho a realizar nesse campo, para apurar a verdade, é bem conhecida do juiz habituado a ouvir testemunhas mentirosas [...] O verdadeiro método de interpretação da lei não há de diferir do da interpretação dos comandos da vida corrente: há de ser também constituído pela investigação histórica do comando e dos interesses, acompanhada dum complemento emocional. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 40-41-65.

³⁴⁵ O passo final para a construção do sistema de direito alemão vai ser dado como primado da lógica formal da chamada Jurisprudência dos Conceitos (*begriffsjurisprudenz*). Os conceitos são entendidos como modelos

Nesse sentido Jhering, responsável pela corrente pandectista, apresenta a ciência jurídica como uma linguagem universal³⁴⁶ e, ao mesmo tempo que se aproxima dos racionalistas (no que diz respeito a abstratividade de seu pensamento) deles se afasta pela utilização de métodos para atingir os objetivos desejados, dentre eles a pretensão construtiva/sistemática do direito, procedimento que, pela jurisprudência dos conceitos, apresenta características próprias que lhe são essenciais, tais como a concentração lógica e o ordenamento sistemático. Essa teoria compreende conceitos abstratos “descobertos” por deduções lógico-sistemáticas que, buscando superar a escola da exegese³⁴⁷, o que para muitos não restou possível, transforma o direito (nos moldes do já apresentado por Austin quando das propostas de Codificação) em técnica destinada aos juristas. Importante enaltecer que, neste período das jurisprudências, resta desconsiderada a ideia de onipotência do legislador³⁴⁸ (contrários a codificação), momento em que (muito embora centrada nos professores) os juízes passam a ser os grandes responsáveis pela “dinâmica” do direito, o que fazem com base em “conceitos” compreendidos de forma abstrata³⁴⁹.

Diante das fragilidades da teoria em comento, reconhecidas pelo próprio autor, a doutrina restou abandonada³⁵⁰, em especial pela dificuldade de fundamentar/justificar, na

formais dotados de coerência lógica interna, que constituem a base do direito objetivo dos institutos. A tarefa do jurista é vincular o direito objetivo (institutos) ao direito formulado (normas), com o sistema jurídico ultrapassando, assim, a mera vigência das normas emanadas pelo legislador. BERCOVICI, Gilberto.

Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 192.

³⁴⁶ Através desta operação de recomposição, o jurista chega à formulação do *princípio* latente e quase sempre não expresso nas leis [...] A descoberta dos princípios é de importância capital para a ciência jurídica, não só pela concentração a que dá lugar, como também pelas novas regras que dela nascem [...] O procedimento fundamental nessa etapa é a abstração, que permite destacar a noção geral do caso particular do qual ela serviu. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 74-124.

³⁴⁷ Podemos encontrá-lo, talvez na sua pior manifestação, na França do *Ancien Régime* quando os juízes das cortes superiores, centrais e provinciais, foram de tal forma surdos às exigências sociais a ponto de se tornarem alvos dos mais odiados na exploração popular revolucionária. CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1989. p. 88.

³⁴⁸ Então tratando-se de exposições complexas as regras de linguagem falham absolutamente: não há sentido literal puro numa obra, mas somente das frases isoladas. Pode, é certo, determinar-se ainda pelo uso da impressão produzida pelo conjunto: há, embora limitadamente, máximas da lógica corrente que pode esclarecer se o sentido literal é ou não afectado pelo conjunto. Mas, por isso mesmo, a interpretação objectiva ultrapassa sempre nesses casos, o sentido literal. Só poderá falar-se então no “sentido objectivo do texto” [...] O sentido literal puro supõe declarações não condicionadas pelas circunstâncias e, na vida prática, não há dessas declarações, a não ser nos estudos lingüísticos. As circunstâncias ambiente influem sempre no sentido puramente literal e devem ter-se em conta, mesmo para a determinação dum sentido objectivo. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 52-53.

³⁴⁹ Observe-se aqui que precisamente essa presunção de deduzir regras do princípio abstrato se tornou objeto das mais violentas críticas movidas contra a jurisprudência dos conceitos, acusada de deduzir as regras jurídicas não de uma avaliação concreta dos interesses em jogo, mas de um procedimento meramente lógico. Um dos maiores críticos desse procedimento será o próprio Jhering em seu segundo estilo. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 125.

³⁵⁰ O direito científico alemão, que na primeira metade do século XIX deu origem a *doutrina pandectista*, atingiu seu clímax próximo ao final desse século, dando lugar àquela que foi denominada *Begriffsjurisprudenz* ou

prática, a concretização desses conceitos tanto pela forma abstrata de seus princípios como, principalmente, pelo perigo representado pelos decisionismos³⁵¹. Ao abandonar a teoria em comento, Jhering³⁵² caminha na direção do que, na época, apresentava-se como pretensão aperfeiçoamento de sua legitimação jurisprudencial (*ius facere*)³⁵³, o que fez ao apresentar, como um braço do movimento do direito livre³⁵⁴, a jurisprudência dos interesses³⁵⁵. Na condição de um dos principais autores, não só no tocante a pretensão de transição da

jurisprudência dos conceitos. Embora seja difícil apresentar uma lista de obras e autores que sejam expressões dessa corrente [...] é *O espírito do direito romano (Der Geist des römischen Rechts*, em quatro volumes, publicados entre 1852 e 1865) de Rudolf von Jhering. Num segundo momento, este jurista irá abandonar a jurisprudência dos conceitos para se fazer promotor daquela que foi chamada de *Interessenjurisprudenz* (jurisprudência dos interesses) com o livro *A finalidade do direito (Der Zweck um Rech*, 2 vols., 1877-1883). (grifo do autor). BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 122.

³⁵¹ A extensão do poder jurisdicional, particularmente, deve ser combatida, pois o judiciário passa a se ver como uma autoridade decisória autônoma, contrastando com a democracia parlamentar, tendendo a considerar o direito positivo como obstáculo a sua atividade. O judiciário busca se desvincular da lei, produzida e votada pelo parlamento, a partir de teorias de interpretação e de hermenêutica do sistema justificadoras, inclusive, do controle judicial dos atos do parlamento. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 303.

³⁵² O utilitarismo de Bentham estava destinado a exercer uma forte influência sobre o direito, por um lado, por meio de seu aluno, John Stuart Mill (1806 – 73), em cuja proximidade se formou John Austin (1790 – 1859), que por sua vez influenciou Herbert Hart (1907 – 92) e o realismo americano, por outro, por meio do assim chamado segundo Jhering, cuja obra foi definida como um “deutscher Benthamismus.” LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 148.

³⁵³ Mas a doutrina jurídica com a sua função de fornecer ao juiz indicação para a decisão do caso jurídico, é dominada por outros pontos de vista. Considerando os seus objectivos, conclui-se que, mesmo na interpretação da lei, não pode prescindir-se da investigação histórica dos interesses e que esta de modo algum pode ser substituída pela apreciação de impressões, isto é, por um sentido objectivo. Pelo contrário, é ela que, alargada aos interesses casuais, fornece a base imprescindível e as *directrices* determinantes do soberbo edifício do desenvolvimento jurisprudencial do direito. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 113.

³⁵⁴ A primeira geração dos jusliberistas foi mais sujeita à influência de Jhering e procurou afastar os juristas práticos do céu dos conceitos, para conduzi-los na direção dos interesses que animavam o mundo real. A segunda e última geração foi a que não apenas dedicou a própria atividade à difusão das idéias do direito livre, mas que em torno delas organizou um verdadeiro movimento. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 153.

³⁵⁵ Praticamente, este imperativo de *investigar os interesses* constitui o ponto culminante da jurisprudência dos interesses. Nenhuma regra jurídica será perfeitamente compreendida, enquanto não for olhada como resultante de uma composição de interesses ou como um erro legislativo. Não se trata dum princípio simplesmente teórico, mas duma norma de acção que, aplicada coerentemente, se mostra sempre do maior valor prático. Nem mesmo é nova, pois já se continha na antiga máxima que impunha ao juiz o dever de procurar sempre o fim e o alcance prático de cada disposição [...] As novas teorias vão mais longe, como atrás se notou (pág 22 e segs.). Mesmo abstraindo da hipótese de *delegações legislativas*, há uma série de casos em que o juiz tem de construir comandos sobre juízos de valor e, portanto, de idear comandos que não existiam ainda, embora em forma geral, quer na lei, quer no costume. Daremos a esta actividade judicial o nome de “elaboração de comandos”. Os casos em que tem lugar essa elaboração valoradora de comandos, são chamados lacunas. Esta nova teoria é vivamente discutida. A discussão incide sobre o conceito de lacunas, sobre a pretensa faculdade de o juiz “modificar a lei”, sobre princípios fundamentais da formação judicial de comandos e nomeadamente sobre o valor do conteúdo histórico da lei (do juízo de valor legal) e sobre a designação desta actividade como criadora do direito. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 109-110.

legitimação do Estado Legislador para a legitimação do Estado Juiz³⁵⁶ quando da produção do direito, é responsável pela alteração da concepção tradicional quanto aos destinatários da norma³⁵⁷ que, deixando de ser os cidadãos, passam a ser os juristas (democracia vertical), evidenciando o quão distante o modelo em comento está do apresentado na parte final do presente estudo (democracia horizontal). Assim, a sistemática apresentada pelo pretensor seguidor de Savigny, não só mantém como aprofunda o ideal de centralização do poder na figura do Estado, agora não mais do Estado Legislador (Positivismo) mas do Estado Juiz (Jusliberismo). Nesse contexto, contrariando (em parte) o pensamento dos positivistas que compreendiam a atividade judiciária apenas como reprodutiva/estática³⁵⁸, o autor reintroduz no mundo jurídico a ideia de um “direito dinâmico”, o que procura fazer ao apresentar o judiciário como legitimado (formal) ativo para a construção do direito (*ius facere*), contudo não apenas de um direito individual e concreto (*ius*) como pretendia Austin, mas de leis gerais e abstratas (*lex*). Contudo, conforme procurar-se-á demonstrar na sequência do presente estudo, o procedimento proposto não só peca, democraticamente, por manter a *auctoritas* centrada, de forma artificializada, na figura do Estado como, também (ao contrário do que pretendia) mantém-se equidistante da realidade social ao transformar-se em atos volitivos do Estado (o, agora, Estado Juiz). Nesta fase, ao contrário da jurisprudência dos conceitos que se apresentava como alternativa a positivação do direito, a jurisprudência dos interesses

³⁵⁶ Referir-se ao interesse que o direito deve proteger significa remeter-se exatamente aos valores que as teorias formalistas pretendiam manter fora do direito. Mas quem determina o valor ao qual deve fazer referência o juiz? [...] De fato ambos eram caracterizados pela crítica contra o monopólio do Estado na produção do direito e pela convicção de que o juiz desenvolvia uma atividade criadora do direito. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lambertí. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 136 e 149.

³⁵⁷ Jhering é considerado o primeiro que substituiu a concepção tradicional segundo a qual os destinatários das normas são os cidadãos (isto é, todos os membros da sociedade) pela concepção (hoje muito difundida) segundo a qual os destinatários são os órgãos judiciários (e, em geral, os órgãos do Estado). Na experiência jurídica encontramos normas (primárias) que regulam o comportamento dos cidadãos e outras normas (secundárias) que regulam o modo pelo qual os órgãos do Estado devem reagir, no caso dos cidadãos não cumprirem seus deveres. Segundo Jhering, as normas jurídicas propriamente ditas são as secundárias, enquanto que as primárias são apenas o pressuposto para que as secundárias sejam aplicadas. [...] A interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos [...] O positivismo jurídico é, realmente, acusado de sustentar uma concepção *estática* da interpretação, que deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar estas últimas às condições e exigências histórico-sociais variadas, como faz, ao contrário, a interpretação evolutiva sustentada pela corrente antipositivista. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006. p. 156; 213-214.

³⁵⁸ A prática jurídica actual está naturalmente muito longe de desvincular o juiz, no domínio da interpretação livre, dos juízos de valor legais. Pelo contrário, a principal forma de elaboração judicial de comandos, a analogia, caracteriza-se justamente por um *sólido* apoio nos juízos de valor legais [...] A lei não é simples amontoado de palavras, nem mesmo prescrição de certos actos sem fim algum, mas sim indicação para o juiz dos interesses a proteger e, por isso, tem de ser tida em consideração sempre que entram em jogo esses interesses. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 241.

apresenta-se como uma doutrina combativa ao direito positivado, em especial, ao codificado, o que faz ao propor a transformação social³⁵⁹ (verticalizada/solipsista) pelo judiciário em detrimento de um juspositivismo estático.

Assim, enquanto a atividade da ciência jurídica do século XIX objetivava, com a construção de sistemas (direito como ponto de chegada – direito para dizer), unificar o direito em um ordenamento jurídico hermeticamente fechado, ao contrário, as correntes jusliberistas³⁶⁰, na Alemanha, tinham interesses muito diversos³⁶¹. Procuravam desestruturar esses sistemas positivistas (internos autointegrativos) que pretendiam a segurança jurídica do Estado Liberal em busca de uma pretensa efetivação da realidade social (externo heterointegrativo). A ala mais radical destas novas exigências foi capitaneada por Hermann Kantorowicz ao manifestar-se no sentido de que o juiz, ao preencher as lacunas jurídicas, desenvolve uma função criadora do direito (*ius facere*), concebendo que ele o faz paralelamente ao direito formal, esejando a ideia de que a legitimidade criativa do direito estaria na figura do juiz (ato volitivo). Para tanto, compreende esse procedimento como sendo um direito livre, expressão que cunhou o nome dessa doutrina. Assim, surgindo como corrente antipositivista, o movimento jurisprudencial (conceitos e interesses), que tiveram os primeiros passos com Jhering e Heck, foram tomando proporções alargadas com Hermann Kantorowicz³⁶² que, apostando na criação jurisprudencial do direito (direito para fazer), propiciou o nascedouro do que passou a ser conhecido como movimento do direito livre,

³⁵⁹ O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses e a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração de conceitos. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 13.

³⁶⁰ A social democracia de Weimar aceitou os princípios jusliberistas. A nomeação de Radbruch como Ministro da Justiça surge como símbolo dessa passagem do Movimento da oposição à instituição. Das salas do poder, os jusliberistas recomendam aos juízes interpretar as normas herdadas pelo Império levando em consideração a nova realidade socialista, inovando flexivelmente em vês de deduzir logicamente. Essa foi a vitória das ideias jusliberistas. Porém o verniz dessa vitória se ofuscou quando, da aceitação política daqueles princípios, passou-se a efetiva aplicação nos tribunais. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lambertini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 157.

³⁶¹ Desenvolvendo-se, sobretudo, no estado alemão, o Romantismo se caracterizou por abrir uma significativa frente de combate ao iluminismo (na Alemanha, o *Aufklärung*), voltando-se à natureza, arte e história. Foi sob a bandeira de digladio à “frialdade” da razão que se formou a Escola Histórica do Direito, inspirada, dentre outros, em escrito de Edmund Burke, cujos expoentes foram Gustavo Hugo (o qual reduziu o direito natural a uma filosofia do direito positivo), Savigny (representante maior da Escola Histórica) e Pucha (fundador da Jurisprudência dos Conceitos). PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental**: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 144.

³⁶² A progressiva revisão das ideias de Kantorowicz estava ligada à progressiva destruição do Estado de direito por obra do nacional-socialismo. O direito livre corria o risco, efetivamente, de ser instrumentalizado para legitimar também a justiça política nacional-socialista. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lambertini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 162.

momento em que o juiz passa a interpretar (de forma verticalizada/volitiva) também *contra legem*.

Importante registrar, como narrado, que esse movimento (iniciado por Jhering) receberá contornos moderados nas mãos de Philipp Heck, distinguindo inobservância da lei (condenável) de correção de comandos³⁶³ (admissível), pensamento fruto do que passou a ser conhecido como jurisprudência dos interesses (eliminadas pelo advento do nacional-socialismo)³⁶⁴.³⁶⁵ Muito embora o pouco tempo, a jurisprudência alemã deixaria um legado que perpassaria esse lapso temporal, concebendo uma teoria da aplicação jurídica que não aceitava a tradicional construção sistemática do direito legislado (autointegrativo), substituindo-a pela pluralidade de construções (solipsistas³⁶⁶ - heterointegrativas). Esse “novo” sistema era forjado por princípios extraídos (de forma vertical e não horizontal) de interesses construídos por argumentos *pan-principiológicos*, o que era feito de forma artificializada, propiciando o

³⁶³ A defesa que fazemos do direito e da obrigação de corrigir os comandos, de modo algum significa que deva desprezar-se a ideia, historicamente determinável, do comando. Essa ideia é, em regra, o meio entre todos mais seguro, de determinar os interesses da comunidade e, justamente por isso, é que ela é vinculante. Além de que as limitações gerais da iniciativa judicial são particularmente operosas em relação à negação do comando. Já atrás dissemos que o juiz só pode passar por cima do comando quando este, ou não era destinado à situação em exame, ou é defeituoso. E, mesmo nesses casos, não pode fazer, se o interesse na estabilidade do direito o impede. Essas limitações são muito importantes do domínio da correção dos comandos [...] A admissibilidade de desvios na aplicação da lei limita-se, salvo rarríssimas exceções, a essa auréola ou círculo [...] A distinção entre inobserância condenável, da lei e a admissível correção de seus preceitos pode oferecer graves dificuldades. A soberania da comunidade jurídica só exige a execução do comando quando se verifica a situação por ela considerada. Só nessa situação existe aquele conflito de interesses para o qual se formulou o juízo de valor contido na lei. Não pode por isso falar-se em inobservância da lei, quando o juiz adquire a convicção de que os próprios interesses valorados na lei exigiram, naquele caso concreto, um tratamento diverso do que na lei se consigna. Nesses casos, o juiz pode e deve afastar-se do comando legal desde que não haja impedimento por parte dos interesses na estabilidade. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 213-229.

³⁶⁴ A crítica de Jhering à “jurisprudência dos conceitos” – ou seja, à jurisprudência sistemática de origem pandectista – foi continuada pela jurisprudência dos interesses e pelo movimento do direito livre. Essas duas corrente doutrinárias se exaurem por volta da mesma época, que para ambas cai nos anos imediatamente anteriores à Segunda Guerra Mundial. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lambertini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 149.

³⁶⁵ Abafada pelo nazismo em 1933, em certa medida, a jurisprudência dos interesses retomaria fôlego no pós-guerra, quando então, já sob novas vestes, veio a lume a Jurisprudência dos Valores. A assertiva precisa ser compreendida com cuidado, pois a Jurisprudência dos Valores não foi uma continuação da Escola de Heck. Conquanto partisse de uma premissa próxima à da tutela de *interesses*, na nova Escola eles não se limitavam ao que fosse empiricamente constatável. Nada obstante, houve uma complementação, pois semelhante à Jurisprudência dos Interesses, também se buscava indicar a origem, desta feita, dos *valores* que norteariam a decisão do magistrado sempre que o direito positivo não fosse “suficiente”. PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 193.

³⁶⁶ Os juízos sobre a aptidão da decisão podem ser muito divergentes, mesmo dentro da comunidade jurídica. Esse juízos são, com efeito, condicionados em última análise ou pelo interesse de quem os profere, ou, à parte isso, pela concepção de vida, pelo ideal de vida de cada um. Têm falhado todas as tentativas de encontrar uma fórmula que permita estabelecer indiscutivelmente o rigor da decisão. E não podem deixar de falhar porque são diversos de pessoa para pessoa os elementos de apreciação decisivos. A diversidade de ideais de vida existe dentro da própria magistratura e não pode ser superada. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 14-15.

nascedouro de um sujeito assujeitador que, pela filosofia da consciência (relação sujeito/objeto³⁶⁷), analisa as realidades sociais sob as matizes de sentimentos fruto de seus ideais pessoais³⁶⁸.

Como resultado do todo exposto, em que a função do juiz passa a ser criativa³⁶⁹, pautada em valores, restam professadas inúmeras doutrinas que utilizam dessa visão antissistêmica para, deixando a abstratividade/discrecionalidade³⁷⁰ formalista do juspositivismo, compreender como justo a efetivação de direitos pautados em valores de referência como princípios gerais do direito, cláusulas gerais etc. *A presença de um destes termos anuncia que o texto que o contém está separando-se, de vários modos e medidas, do positivismo jurídico e está dirigindo-se de vários modos e medidas, para o direito jurisprudencial*³⁷¹. É com base nesta abertura interpretativa (pautada em abstrações³⁷²) que os

³⁶⁷ O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objectivar os fenómenos, os objectualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenómenos, os caricaturiza. É, em suma e finalmente, uma forma de rigor que, ao afirmar a personalidade do cientista, destrói a personalidade da natureza. Nestes termos, o conhecimento ganha rigor o que perde em riqueza e a retumbância dos êxitos da intervenção tecnológica esconde os limites da nossa compreensão do mundo e reprime a pergunta pelo valor humano do afã científico assim concebido. MORIN, Edgar. **Problemas de uma sociedade complexa. In: MORIN, Edgar. O problema epistemológico da complexidade.** 3. ed. Portugal: Publicação Europa-América, 2002. p. 13-14.

³⁶⁸ A jurisprudência dos interesses marca uma mudança radical nas tarefas que se coloca a jurisprudência: *sua atenção já não se dirige ao conhecimento, mas à aplicação do direito*. E se o instrumento para o conhecimento é a razão, o instrumento para a aplicação do direito é a vontade. Retorna-se, assim, à mudança de paradigma que caracteriza o advento do século XX: a passagem da razão à vontade. (cf. *supra*, 2 e 3). A jurisprudência dos interesses marca uma mudança radical nas tarefas que se coloca a jurisprudência: *sua atenção já não se dirige ao conhecimento, mas à aplicação do direito*. E se o instrumento para o conhecimento é a razão, o instrumento para a aplicação do direito é a vontade. Retorna-se, assim, à mudança de paradigma que caracteriza o advento do século XX: a passagem da razão à vontade. (cf. *supra*, 2 e 3). LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 168.

³⁶⁹ Segundo os princípios da jurisprudência dos interesses o juiz está sujeito não só aos preceitos da lei, mas também aos juízos de valor legislativos que possam determinar-se: só quando esses juízos de valor não forem suficientes é que o juiz pode fazer valoração pessoal. Pelo contrário, os sequazes da escola do direito livre defendem a liberdade do juiz e outros autores sustentam que, mesmo no caso de formação valoradora de comandos pelo juiz, a actividade deste é puramente histórica ou cognitiva. Para uns o juiz é também criador de direito cooperando com a ordem jurídica, para outros, é sempre somente um órgão de execução dum ordem jurídica que lhe é objectivamente apresentada. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 167-168.

³⁷⁰ No fundo volta-se ao problema tão criticado na discrecionalidade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart), por não se importar com a construção de uma teoria da decisão, é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também, nos casos difíceis de que falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável “represtina” a antiga “delegação positivista” Significa dizer que cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, cabe ao juiz decidir “zonas de incertezas” e das “insuficiências ônticas” (para usar aqui uma expressão que faz parte do repertório que identifica a “dobra linguagem” que sustenta a ausência de cisão entre *hard* e *easy cases*). STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 280.

³⁷¹ Na França, a referência aos padrões serviu para reagir ao positivismo e à Escola da Exegese. Na Alemanha, Josef Esser se refere a Pond e propõe uma teoria argumentativa de padrão, ao passo que Gunther Teubner – um futuro seguidor da teoria sistêmica de Luhmann, cf. Vol. 3, cap. IV,11 – propõe uma teoria sociológica do padrão. Não é possível seguir as várias teorias que se ocupam de padrões: bastará levar em conta que para as doutrinas dos padrões valem quase todos os raciocínios feitos, a partir do Movimento do Direito Livre, a

adversários do jusliberismo apresentam inúmeras inquietações em virtude da substituição do Parlamento Legislador pelo Juiz Legislador oportunizando, como reflexo, uma significativa abertura do direito para novas escolas, movimentos e/ou doutrinas jurisprudenciais ainda mais preocupantes do que já fora a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses³⁷³ e/ou o movimento do direito livre.

Os Juízes Ativistas compreendem a indissociabilidade da relação entre direito e política³⁷⁴, cuja postura desdobra-se com maior relevo nos Estados onde há um papel mais próximo com as atividades governamentais, próprio de um Estado Ativo³⁷⁵. A partir da evolução delineada, o Ativismo Judicial rompe com o formalismo³⁷⁶ e com a filosofia da lei³⁷⁷,

favor ou contra as teorias antiformalistas do direito. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 170.

³⁷² O conhecimento especializado é uma forma particular de abstração. A especialização “abs-trai”, em outras palavras, extrai o objeto de seu contexto e de seu conjunto, rejeita os laços e as intercomunicações com seu meio, introduz o objeto no setor conceptual abstrato que é o da disciplina compartimentada, cujas fronteiras fragmentam arbitrariamente a sistematicidade (relação da parte com o todo) e a multidimensionalidade dos fenômenos; conduz à abstração matemática que opera de si própria uma cisão com o concreto, privilegiando tudo que é calculável e passível de ser formalizado. MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 41.

³⁷³ Se o juiz não interpreta, mas cria, o problema da interpretação *contra legem* já não se coloca: não está resolvido, mas é eliminado. Com isso, porém, é eliminada também a distinção entre Poder Legislativo e Poder Judiciário. Os direitos do cidadão são, assim, postos por inteiro nas mãos do juiz, em cuja sabedoria e independência Ehrlich devia nutrir uma inabalável confiança: uma confiança destinada a ser frustrada. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 184.

³⁷⁴ Vide: PASSOS, Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Julgando os que os Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 41-52.

³⁷⁵ Por 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**. Santiago: Juridica del Chile, 1986. p. 410.

³⁷⁶ Por "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 latino americana, 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". LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **El derecho de los jueces**. 2. ed. Bogotá-México: Legis, 2006. p. 269-270 e 317.

³⁷⁷ La 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

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.

Diante do todo exposto, estudadas as sistemáticas utilizadas para justificar a legitimidade do judiciário como fonte do direito, bem como os desdobramentos e perigos dessa forma de pensar o direito (livre/solipsista), necessário se faz compreender a evolução da compreensão constitucional (formal e substancial) que, para o Estado Constitucional, resta apresentada como pretense freio aos poderes constituídos o que é feito objetivando evitar retrocessos sociais como os vivenciado no período da segunda guerra mundial, momento em que Hitler, segundo Lozano³⁷⁸, aproveitando dos pensamentos jurídicos gestados na Alemanha atinentes ao período das jurisprudências, teria libertado os juízes das amarras da lei para que garantissem a efetivação dos interesses do partido³⁷⁹.

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 positivismo legalista. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, p. 240 e 242-243, 1982.

³⁷⁸ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX.

³⁷⁹ Após a Segunda Guerra Mundial, contudo, assistiu-se uma contrastada, embora progressiva, recuperação do poder dos juízes. A expressão “poder judiciário” tornou-se assim de uso comum. [...] Depois da instituição de órgãos de garantia, os juízes 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

3.3 O Estado Constitucional e os Reflexos Político-Jurídicos em suas Funções

Compreendidos os elementos estruturantes dos Estados Legislador (juiz boca da lei) e do Estado Jurisdicional (juiz solipsista) necessário se faz compreender a importância da evolução do direito, em especial, essa nova realidade fruto do pós guerra, expediente que transforma a Constituição que, deixando de ser uma simples carta política, transforma-se em um importante/poderoso instrumento para concessão de liberdades e limites de poderes.

3.3.1 A Absorção das Transformações Estatais: por um modelo de Estado ativo-responsivo

Com efeito, quanto mais a lei se “dessacraliza” e fica minguante com a erosão de sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico. A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.³⁸⁰

Dando sequência a pseudo ordem cronológica da historicidade jurídica de parte do Ocidente, o presente tópico abordará um conteúdo importantíssimo quando da evolução do Direito (do Moderno ao Pós-Moderno). Sem realizar digressões sobre terminologias tais como neoconstitucionalismo e/ou principialismo constitucional, o objeto desta parte do estudo será demonstrar a evolução da Constituição concebida como mera Carta Política para a instituição de um novo olhar constitucional que passa a concebê-la como um Instrumento Jurídico, momento em que as regras nela inseridas deixam de compreender a famosa divisão fruto de uma promessa de boas intenções descritas como normas de eficácia plena, contida e limitada para restarem delineadas como regras de aplicabilidade imediata, ressaltando o importante papel das decisões judiciais para esse desiderato.

Muito embora essa evolução constitucional seja apresentada como um importantíssimo divisor de águas pós 1948, em que a democracia deixa de ser apenas formal (Estado Moderno) e passa a compreender (agora) um viés substancial (Estado Constitucional), pautado em direitos fundamentais, resta mantida a estrutura democrática representativa

publica. O problema das relações entre juízes 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.

³⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [S.l.], n. 7, p. 83, 2003.

verticalizada, pautada no ideário de que o Estado Legislador (*auctoritas*) é o grande responsável por construir um ordenamento jurídico (direito como ponto de partida), agora, preocupado (também) com os seus destinatários e não mais, como no florescer do Estado Moderno, apenas com a sistematização de um conjunto de regras (direito como ponto de chegada) ligadas por um fio Legitimador (Voto) voltada para juristas. Assim, muito embora alargada a ideia de cidadania, não mais apenas atrelada ao voto, com a configuração de novos mecanismos constitucionais (iniciativa popular, plebiscito, referendo), mantém o povo apenas como legitimador, sendo exemplo do narrado as famigeradas Audiências Públicas.

Inobstante a democracia substancial do Estado Constitucional representar um grande avanço em relação a democracia formal do Estado Moderno, esta por si só não tem a capacidade de mudar, significativamente, a realidade social dos partícipes do jogo democrático. Muito distantes das fontes de poder (ainda verticalizado e centralizado na mão do Estado), os cidadãos brasileiros restam apresentados como frutos de uma modernidade tardia, tanto é que muitas das promessas constitucionais, passados 30 anos de sua existência, permanecem não cumpridas. A mudança desse triste cenário dependeria da necessária alteração de postura dos partícipes democráticos que, nesse novo modelo de Estado (Constitucional), deveriam ser concebidos como cidadãos ativos que, objetivando novos direitos, ampliariam seu poder democrático com a conquista de novos espaços para o exercício desse sagrado direito, expediente que, sempre que possível, lhe resta tolhido pelos famigerados Estados Legislador e/ou Juiz.

Até o presente momento o estudo tem tratado, mesmo que de forma suscinta diante da importância do conteúdo, da evolução política e jurídica do direito moderno, restando evidente a necessidade de limitação dos poderes constituídos. É com esse intento que surge a ideia de constitucionalismo que, unindo as liberdades negativas e positivas fruto do Estado Moderno, passou a ser conhecido após a Segunda Guerra Mundial³⁸¹ como Estado

³⁸¹ A institucionalização dos direitos sociais próprios do Estado de Bem-Estar Social, oriunda de meados do século XIX e agigantada durante o século XX – sobretudo diante do apelo dos movimentos sociais de trabalhadores, sobretudo e também das disputas inauguradas e mantidas ao longo do mesmo conectadas com os 40 anos da nomeada Guerra Fria (ladeada por outras tantas guerras nem “tão” frias assim) –, significou a incorporação pelo Direito de conteúdos novos e, com isto, de regras constituídas para expressá-los incorporando pretensões diversas daquelas tradicionalmente identificadas com a ordem jurídica liberal-individualista, sob formato inédito e com estratégias e metodologias para sua realização diferenciadas [...] Afinal, se uma Constituição de *valores* trás o problema da atribuição de sentidos à norma jurídica, uma *sociedade de riscos* põe a interrogação acerca da atribuição de sentido ao paradigma do próprio constitucionalismo do Estado Constitucional. Se a política – como diálogo democrático – foi substituída pela economia – como monólogo da eficácia –, quem decide? Este talvez seja o maior de todos os riscos para a proteção, promoção e realização dos direitos humanos como um todo unitário, fortemente perceptível no caso do direito à saúde. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101 e 115.

Constitucional. Assim, o grande *plus normativo* dessa forma de pensar o Estado e o Direito, compreendidos como *pós-positivistas*³⁸², é a institucionalização constitucionalmente assegurada dos direitos humanos que, neste novo contexto, configuram os direitos fundamentais. Contudo, diante da inércia do Executivo, o cidadão tem procurado novos espaços de participação democrática³⁸³, momento em que o Poder Judiciário tem se apresentado como um importante canal de concretização dessas promessas incumpridas, o que é feito com o intuito de suprir necessidades vitais básicas³⁸⁴.

Objetivando enfrentar as celeumas fruto desse novo modelo de Estado, reconhecido como jusconstitucionalismo/neoconstitucionalismo e/ou constitucionalismo contemporâneo³⁸⁵ é que o estudo, neste tópico, buscará explicitar o significado e efeitos do dito constitucionalismo pós-guerra, bem como os reflexos dessa nova estrutura que, propondo sua

³⁸² Com efeito, para Muller, o termo *pós-positivismo* refere-se não a um antipositivismo qualquer, mas, uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada “discricionariedade judicial” – *procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito*. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101.

³⁸³ O 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: Revan, 2010. p. 33.

³⁸⁴ Esse constitucionalismo traz para o Estado – em particular no ambiente de crise e escassez alardeado – uma tensão permanente, inclusive em seu âmbito interno, seja pela insuficiência e dificuldade da doutrina constitucional para/em lidar com tais conteúdos, seja diante do que se convencionou nomear como *judicialização da política*, uma vez que as frustrações diante da não realização das promessas constitucionais são levadas à jurisdição (ao sistema de justiça) para que esta diga acerca do seu conteúdo e, mais, na medida do possível, viabilize sua realização. STRECK, Lênio STRECK, MORAIS, Jose Luis (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111 e 164.

³⁸⁵ Distinguerò due classi di condizioni o principi idonei a connotare una costituzione come ‘democratica’: a) quelli di carattere formale; b) quelli di carattere sostanziale: intesi ‘formale’ e ‘sostanziale’, giova precisare, non già in senso metateorico (nel quale, come si è detto fin dall’Introduzione, tutte le nozioni teoriche sono formali), bensì nel senso teorico in cui parliamo di norme ‘formali’ e ‘sostanziali’ sulla produzione, di validità o di invalidità ‘formale’ e ‘sostanziale’, di applicazione ‘formale’ o ‘sostanziale’. Precisamente, le condizioni (e le norme) formali possono essere identificate con l’insieme delle norme di competenza che predispongono: aa) la produzione di norme e/o di atti di governo, direttamente o per il tramite di rappresentanti, da parte dei medesimi soggetti che ne sono i destinatari; ab) la distribuzione dei pubblici poteri, quale risulta da un lato dalla divisione di ciascun potere tra soggetti diversi, dall’altro dalla separazione tra quelle che chiamerò ‘funzioni di governo’ e quelle che chiamerò ‘funzioni di garanzia’. A loro volta le condizioni (e le norme) sostanziali sono: ba) le garanzie dell’insieme dei diritti fondamentali – politici, civili, di libertà e sociali – idonei a connotare, come vedremo analiticamente nella parte quarta, altrettante dimensioni – quella politica, quella civile, quella liberale e quella sociale – della democrazia costituzionale; bb) la garanzia della pace, la quale a sua volta, come vedremo, è connessa da un rapporto di reciproca implicazione e connotazione a quella dei diritti fondamentali. FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1 Teoria del diritto. Storia e società. 1. ed. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 861.

efetiva concretização, reprimada velhas³⁸⁶ discussões³⁸⁷ quanto a legitimidade dos poderes constituídos. Ferrajoli procurando distinguir, de forma conceitual, as concepções de constitucionalismo político e de constitucionalismo jurídico³⁸⁸, abre sua obra com a seguinte manifestação:

Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo. Uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia da submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Neste sentido, o constitucionalismo equivale, como *'sistema jurídico'*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *'teoria do direito'*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade de suas formas de produção à normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionais estabelecidos.³⁸⁹

O exposto deixa evidente a preocupação do autor quanto ao conteúdo das normas asseguradas pelo diploma jurídico. Ao mesmo tempo em que, implicitamente, utiliza o sistema Kelseniano de justificação interna das normas para fundamentar seu positivismo normativo, o critica no que diz respeito a sua despreocupação quanto ao conteúdo do direito produzido. Assim, objetivando aliar forma e substância, procura construir sua teoria constitucional, por ele denominada de jusconstitucionalismo, professando um positivismo normativo, o que faz com fulcro na pedra fundamental do juspositivismo ao manter a suposta necessidade de separação entre direito e moral³⁹⁰, tecendo severas críticas aos

³⁸⁶ Não é possível construir uma teoria “completamente nova” do direito: em geral, são as teorias jurídicas revolucionárias que se apresentam, por razões políticas, como completamente novas; mas não é difícil desenterrar suas raízes históricas. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 129.

³⁸⁷ MACHIAVELLI, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 21.

³⁸⁸ La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Torino: Trotta, 2002. p. 40.

³⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13.

³⁹⁰ A tese de separação entre direito e moral, mantendo firme não apenas a distinção, mas, também a divergência entre justiça e validade, permite que não se incorra nas falácias provenientes dessa confusão: a falácia *jusnaturalista*, consistente na identificação (e na confusão) da validade com a justiça, em algum sentido objetivo desta segunda palavra; e a falácia *ético-legalista*, consistente – mesmo na variante do constitucionalismo ético – na oposta identificação (e confusão) da justiça com validade. Ao mesmo tempo, somente a abordagem juspositivista serve para evidenciar o caráter juridicamente normativo da Constituição, porque supraordenado a qualquer outra fonte, e, portanto, as outras duas virtuais divergências deontológicas – entre *validade e vigência* e entre *vigência e eficácia* – cujo desconhecimento está na origem de outras duas

neoconstitucionalistas³⁹¹ e sua principiologia, considerando-os como sendo jusnaturalistas. Nesse contexto, reportando-se ao jusnaturalismo, o compara com o que, na atualidade, tem se apesinado como *constitucionalismo principialista argumentativo* (heterointegrativo) ao se reportar a sua forma de conceber o constitucionalismo, sendo juspositivista (autointegrativo), cunha o termo *constitucionalismo normativo ou garantista*³⁹².

Diante do exposto, resta justificado o estudo sobre a democracia representativa moderna, em especial no que diz respeito aos modelos apresentados em cada momento evolutivo da história (Estado Liberal/Social) até a instituição do Estado Constitucional. Este, agora, não mais focado apenas na validade formal Kelseniana³⁹³, apresenta a validade

graves falácias: aquela *normativista*, que impede, como ocorre na teoria de Kelsen, de reconhecer a existência de normas inválidas, mesmo se vigentes; e aquela *realista*, que impede, ao contrário, de reconhecer a existência de normas válidas, mesmo se ineficazes, e de normas inválidas, mesmo se eficazes. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 33.

³⁹¹ Para além desse traço comum, entretanto, o constitucionalismo poder ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu completamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de “neoconstitucionalista”, é seguramente a mais difundida. A finalidade deste trabalho é sustentar, ao contrário, uma concepção de constitucionalismo estritamente “juspositivista”. Entente-se, sumariamente, por “positivismo jurídico” uma concepção e/ou modelo de direito que reconhece como “direito” qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça. Todavia, parece-me oportuno propor uma revisão terminológica. Isto porque, em ambos os sentidos ora apresentados, o constitucionalismo “jurídico” – ou, caso se prefira, o “jusconstitucionalismo” – designam um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito, ambos ancorados na experiência histórica do constitucionalismo do século XX, que se afirmou com as Constituições rígidas do segundo pós-guerra. Outra coisa é o constitucionalismo “político” – moderno e, até mesmo antigo – como prática e concepção dos poderes públicos voltadas à sua limitação, à garantia de determinados âmbitos de liberdade. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 14.

³⁹² O equilíbrio entre o poder inquisitório do juiz e o caráter privatístico da lide civil pendulariza-se nas garantias de controle concedidas ao cidadão, que é parte no processo; controle fiscalizador direto quando do exercício desse poder, num quadro de oficiosidade do contraditório e de um austero sistema de preclusões e a sindicância desse exercício por um tribunal superior, visando a concentração da discricionariedade com uma efetiva dupla apreciação da matéria de fato. MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 161.

³⁹³ Como *teoria do direito*, o constitucionalismo positivista ou garantista é uma teoria que tematiza a divergência entre o *dever ser* (constitucional) e o “*ser*” (legislativo) do direito. Em relação a teoria paleo-positivista, o constitucionalismo garantista caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre *validade* e *vigência*, uma vez que admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais sobre a sua formação e, todavia, inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais sobre a sua produção [...] O primeiro juspositivismo, aquele do Estado Legislativo de Direito, equivale à positivação do “*ser*” legal do direito, que permite a democratização das suas formas de produção, condicionando-lhe a validade formal ao seu caráter representativo, sobre o qual se funda a dimensão *formal* da democracia política. O segundo juspositivismo, aquele do Estado Constitucional do Direito equivale a positivação do “*dever ser*” constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais, e sobre os quais se funda a dimensão *substancial* da democracia constitucional. Graças ao primeiro positivismo jurídico, foi confiado o “*quem*” e o “*como*” da produção normativa a sujeitos politicamente representativos dos governos. Graças ao segundo, foi vinculado o “*quê*” das normas produzidas à garantia dos seus interesses e necessidades vitais. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE,

material/substancial preocupada com o conteúdo das normas a serem produzidas, sendo os direitos fundamentais constitucionalizados importantes limitadores de poder. Muito embora a evolução quanto ao conteúdo das normas que compreendem o sistema jurídico, resta clara a manutenção da aposta na democracia representativa, estrutura em que a legitimidade (formal), para a produção do direito, permanece exclusiva de quem detém poder competente para instituir os ditames jurídicos que norteiam a vida em sociedade. Trata-se, agora, não mais do Estado Legislador (nos moldes do período moderno) mas do Estado Constitucional por meio dos Poderes Constituintes Originário e Derivado, grandes responsáveis pela constituição desse novo mundo jurídico. Muito embora a aparente e significativa mudança, permanecem os ranços democráticos do Estado Moderno, em que o termo legitimidade (formal/procedimental) ainda é de uso exclusivo do Estado³⁹⁴. Para esse modelo, a legitimidade é fruto (exclusivo) da democracia representativa (verticalizada), sistema que mantém a estrutura de povo ícone.

Analisando o ordenamento jurídico produzido durante o período conhecido como Estado Moderno é possível dizer que, na concepção de Ferrajoli, o primeiro positivismo (por ele perpassado) teria como principal preocupação a estruturação do direito, momento em que (na época) objetivou-se esclarecer não só “*quem*” seria o responsável pela confecção das normas que deveriam reger a sociedade (Onipotência do Legislador centrado na figura do Estado), mas, principalmente, em estabelecer o “*como*” dessa estruturação (validade formal). Este, por sua vez, intimamente ligado à forma do direito positivo que deveria estar “sistematicamente codificado e ordenado” solidificando a ideia de ciência do direito que, totalmente separada dos valores sociais, propunha uma teoria pura para ele (analítica/científica). Com esse intento, os valores sociais/morais não deveriam interferir no direito. Contudo, conforme a história não deixa esquecer, esse sistema restou falho uma vez que extremamente formal e abstrato não conseguia (se é que algum possa fazê-lo) prever todos os casos futuros. Assim, tratando o direito como sinônimo de lei (*ius=lex*), o sistema

André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23-24.

³⁹⁴ Certamente os juízes devem interpretar as leis a luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais: derivando normas e direitos implícitos do sistema de direito estabelecidos, excluindo interpretações que não se mostrarem plenamente compatíveis com a Constituição e, obviamente, aplicando diretamente as normas constitucionais em todos os casos nos quais não se exigem leis de regulamentação. Mas é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que denominei “lacunas estruturais” e suprir a *interpositio legis* necessária para a introdução de garantias. Eles podem, no máximo, apontar as lacunas: os juízes constitucionais cientificam o Parlamento, como é previsto no art. 283 da Constituição portuguesa e no art. 103 parágrafo 2º, da Constituição brasileira. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34.

jurídico moderno passou a contar com métodos e princípios voltados aos juristas, o que foi feito objetivando amarrar os aplicadores da norma (*ius dicere*) à forma de criação do direito (*ius facere*), contexto em que as respostas prontas e abstrativizadas passaram a permitir escolhas (atos volitivos) no momento da aplicação da regra, o que acabou permitindo/possibilitando a criação solipsista do direito pelo judiciário³⁹⁵, dando azo ao movimento do direito livre, sistema que serviu aos caprichos do regime nacional-socialista.

A análise em comento tem como objetivo demonstrar a ligação entre as teorias juspositivistas e jusliberistas, em especial no que diz respeito a despreocupação com o conteúdo da norma produzida. A preocupação apresentada, pelas teorias em comento (muito embora concebidas como totalmente diversas) é tão somente com a forma, ou seja, “*quem*” e “*como*” se produz o direito (*Quem: Estatal? Judicial? – Como: Natural? Positivo?*). Nesse contexto é que surge a preocupação de Ferrajoli no sentido de passar a conceber o constitucionalismo do segundo pós-guerra, apresentado por ele como rígido³⁹⁶, como sendo um sistema jurídico que mantendo o “*quem*” e o “*como*” resta agora preocupado, também (e principalmente), com o “*quê*”. Assim, tratando da substância/conteúdo do direito, tem como principal preocupação, conforme é possível inferir das manifestações do jusfilósofo italiano, evitar o retorno aos decisionismos que propiciaram momentos de totalitarismos e autoritarismos. Com esse intento, a teoria jusconstitucionalista apresenta importante preocupação com os direitos humanos que, constitucionalizados, passam a configurar os denominados direitos fundamentais. Nesse sentido busca discutir não apenas, como propunham os paleopositivistas, os mecanismos de construção do sistema jurídico legislativo,

³⁹⁵ Em sentido restrito a designação abrange somente parte daqueles casos: aqueles em que o legislador nem organizou especialmente a formação judicial dos comandos, nem a pressupôs como manifesta. Nesse sentido as lacunas são pois apenas as “involuntárias”. Em sentido amplo, são lacunas mesmo os casos delegações legislativas expressas e as normas em branco, cujo preenchimento foi deixado “à ciência e à jurisprudência”, como por exemplo, o domínio da interpretação das leis. Ambos estes grupos de casos podem ser designados como normas em branco em sentido amplo. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 170.

³⁹⁶ O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é a superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Ele é o resultado de uma mudança de paradigma do velho juspositivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa às normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo. Representa, portanto, um complemento do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito; e do Estado de Direito, porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade. **Assim, o constitucionalismo jurídico exclui a última forma de governo dos homens: aquela que, na tradicional democracia representativa, manifestava-se na onipotência da maioria**. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

passando a direcionar forças na busca da efetividade desses direitos o que só seria possível com a devida concretização pelos poderes (verticalizados) competentes (executivo/judiciário).

Porém, no que tange a constitucionalização dos direitos fundamentais restam apresentadas as primeiras divergências (ou não) entre os posicionamentos apresentados pelo autor e os descritos pelo jurista brasileiro Lenio Luiz Streck. Contudo, conforme será demonstrado a diferença (ou não) parece estar muito mais atrelada a terminologia utilizada pelos autores do que, propriamente, sobre o conteúdo objeto da celeuma. Deixando esta análise para o final, neste momento necessário ser faz esclarecer o fato de que o jusfilósofo italiano, reconhecendo-se positivista normativo (autointegrativo), apresenta o jurista brasileiro como sendo um jusnaturalista (heterointegrativo), atributo que lhe é conferido pela utilização (inicialmente denominado por ele de neoconstitucionalismo) de princípios como fundamento das decisões judiciais (hermenêutica filosófica) o que, para Ferrajoli, propiciaria os decisionismos por ambos tão combatido.

Essa terminologia, afeta a utilização de princípios, fazendo lembrança a *escola pandectista* que, dando azo a jurisprudência dos conceitos na Alemanha, fomentou a legitimação verticalizada do judiciário como fonte legislativa (*ius facere*) é um fato que preocupa Ferrajoli, razão das críticas realizadas aos neoconstitucionalistas por ele compreendidos como jusnaturalistas. Assim, antes de uma análise mais aprofundada das divergências (*de pensamentos ou terminológicas apenas?*) existentes entre os autores necessário se faz compreender o que seriam esses direitos fundamentais que ambos compreendem como importantes para o contitucionalismo contemporâneo e o que eles entendem por moral e por princípios nesse novo momento histórico do direito.

Quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais que devem ser assegurados constitucionalmente, configurando valores objetivos, Ferrajoli apresenta as conquistas³⁹⁷ históricas da humanidade. Assim, com esse intento foram apresentados os pensamentos dos três principais filósofos da Modernidade no que diz respeito à estruturação política dos modelos de Estado Absoluto, Liberal e Social que, cada um a seu tempo e modo, fomentaram

³⁹⁷ Disso resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às garantias de diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos – os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais – que equivalem não somente a “valores objetivos”, mas também a conquistas historicamente determinadas, resultado das lutas e revoluções de muitas gerações, e suscetíveis de ulteriores desenvolvimentos e expansões: a garantia de novos direitos, como limites e vínculos a todos os poderes inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive aos níveis supranacionais e àquele internacional; a tutela dos bens fundamentais, além dos direitos fundamentais. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

a positivação dos primeiros direitos garantidos pelo Estado, hoje concebidos como liberdades negativas e positivas³⁹⁸ que, somadas, passaram a ser compreendidas como direitos em gerações/dimensões³⁹⁹. Assim, do teor do texto produzido pelo jusfilósofo italiano resta inferida a importância histórica, por ele concebida, das conquistas humanas para a constitucionalização dos direitos fundamentais.

O exposto leva a compreender que o pensamento de Ferrajoli, no que diz respeito aos direitos fundamentais, correndo o risco de, ao tentar interpretá-lo, desvirtuar a linha de pensamento por ele professada, está fundado em conquistas humanas que devem ser asseguradas pelo ordenamento jurídico, em especial, pelo instrumento que constitui o Estado Democrático de Direito, qual seja, a Constituição Federal⁴⁰⁰, conteúdo este que, com base da democracia constitucional representativa verticalizada, serve de limites aos poderes constituídos. Assim, o respeito a estas conquistas históricas, seja no momento da estruturação do ordenamento jurídico pelo Poder Legislativo (*auctoristas*), seja no momento de sua concretização forçada pelo Poder Judiciário (*ius dicere e/ou ius facere*) dos direitos assegurados constitucionalmente ensejaria o necessário limite aos poderes constituídos, dentre os quais estaria abarcado, também, o Poder Executivo que deixando de ser uma simples

³⁹⁸ O problema fundamental da existência humana reside em torno da liberdade, e o constitucionalismo é, desde as suas origens, norteado pela busca da liberdade. Na sua versão liberal, o constitucionalismo concebe a liberdade como ausência de constringências (legais ou reais), i.e., liberdade negativa. TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2012. p. 19.

³⁹⁹ O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem chamados de “fundamentais” constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental [...] Em face da universalidade e da ampliação desses “novos” direitos objetivando precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, um certo grupo doutrinadores têm consagrado uma evolução linear e cumulativa das “gerações” sucessivas de direitos [...] Com efeito assimila Bonavides que “força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substituí com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. WOLKMER, Antonio Carlos; Leite, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 04-06.

⁴⁰⁰ Em suma, o constitucionalismo garantista configura-se como um novo paradigma juspositivista do direito e da democracia que completa [...] o velho modelo paleo-positivista. Graças a ele, os princípios ético-políticos através dos quais eram expressados os velhos “direitos naturais” foram positivados, convertendo-se em princípios jurídicos vinculantes nos confrontos de todos os titulares de funções normativas: não mais como fontes de legitimação somente externa ou política, conforme o tradicional pensamento político liberal, mas também como fontes de legitimação e, sobretudo, de deslegitimação, interna jurídica, que designam a razão social daqueles artifícios que, na verdade, são o Direito e o Estado Constitucional de Direito. Assim, a soberania deixa de existir como *potestas legibus soluta* (poder desvinculado do respeito às leis) por parte de órgãos ou sujeitos institucionais, mesmo que investidos de representação. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 26.

“vontade da nação”, tem o dever de ser um centro de ação, uma força propulsora que, concretizando as promessas realizadas pelo Estado, torne viva, ativa e efetiva a constituição.⁴⁰¹

Utilizando-se da democracia constitucional e dos direitos fundamentais, Ferrajoli parece, num primeiro momento, superar o grave problema do positivismo que é a preocupação única e exclusiva com a fonte normativa (forma/procedimento), o que faz trazendo para o bojo da discussão a necessidade de análise da matéria/conteúdo do direito produzido. Contudo, por compreender o sistema jurídico como um ordenamento (puro) próximo dos moldes professados por Kelsen, separando direito e moral, mantém a ideia de onipotência do legislador (normas abstratas e universais) que, implicitamente e de antemão, já teriam as repostas (prévias) ao caso concreto, devendo estas serem descobertas⁴⁰² pelo julgador perpetuando a ideia de uma relação sujeito/objeto⁴⁰³ própria do Estado Moderno fruto de uma Democracia Representativa Verticalizada.

Assim, mantida a relação sujeito/objeto, entende fazer parte dos poderes do juiz, “descobrir” normas e direitos implícitos no sistema jurídico estabelecido, ou seja, ratifica o posicionamento juspositivista ao conceber o ordenamento como resposta pronta (implícita), aceitando a ideia central que fomenta o nascedouro da discricionariedade judicial. Nesse sentido, como restará demonstrado no decorrer do presente estudo, restam afastados os pensamentos do autor e do jurista brasileiro Lenio Luiz Streck, uma vez que Ferrajoli compreende a decisão como sendo uma escolha discricionária limitada pela constituição, portanto, formalmente legítima. Ao mesmo tempo, procura combater o que ele chamada de poder de disposição por compreendê-lo arbitrário e, nesse sentido, formalmente ilegítimo. Preocupado com a limitação do poder judiciário, uma vez que, para o autor, desprovido de legitimidade democrática (mantença dos reflexos da representatividade Estatal Verticalizada)

⁴⁰¹ Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático de Direito. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata”, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 22

⁴⁰² Mas o que mais me contentava nesse método era que, por meio dele, estava seguro de usar em tudo minha razão, senão perfeitamente, ao menos da melhor maneira. Além disso, sentia, quando o empregava, que o meu espírito acostumava-se a reconhecer mais nítida e distintamente os seus objetos e, não o havendo submetido a nenhuma matéria particular, prometia a mim próprio aplicá-lo às dificuldades das outras ciências, com o mesmo proveito com que o fizera às da Álgebra. DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 42.

⁴⁰³ Ao contrário, a metafísica cartesiana faz da alma e do corpo, do pensamento e da matéria, *duas* espécies de seres separados. E esse dualismo cartesiano pesará por muito tempo na consciência ocidental: ainda somos seus prisioneiros. É no ancestral de outros dualismos, o do “sujeito” e do “objeto”, de uma separação radical entre os homens e a natureza, entre os conhecimentos morais e as ciências ditas objetivas, entre o valor e o fato, o dever-ser e o ser [...]”. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 605)

entende não ser responsabilidade dele a implementação de direitos assegurados constitucionalmente, caso não estejam regulamentados pelo legislativo infraconstitucional (se assim exigido), muito menos o reconhecimento de novos direitos.

O posicionamento em comento represtina a tese racional iluminista de separação dos poderes do século XVIII. Nesse sentido seria correto afirmar, no pensamento do autor, que não possuem eficácia os direitos assegurados constitucionalmente e que dependam de regulamentação legislativa infraconstitucional, mesmo que fundamentais⁴⁰⁴? Como fazer nesses casos para concretizar o referido direito? Aguardar a vontade política dos dignos representantes de um povo (legitimador/ícone) que participa de um jogo democrático representativo verticalizado e, portanto, resta lembrando apenas no período eleitoral? Qual a legitimidade democrática dos destinatários das normas constitucionais? Teriam eles a possibilidade, no modelo proposto, de configurar uma democracia participativa horizontalizada para a efetivação/construção de novos direitos fruto de uma decisão democrática policêntrica?

Conforme demonstrado, muito embora o autor reconheça a extrema importância dos direitos fundamentais, acaba aceitando a possibilidade da sua não concretização caso deixe de existir regulamentação infraconstitucional ou método interpretativo, uma vez que aposta na decisão fruto de silogismos (método sistemático). O ponto mais complexo do pensamento parece ser o retorno ou a aceitação dos métodos interpretativos que, conforme demonstra a historicidade apresentada durante o presente estudo, em momentos distintos da “evolução jurídica” (por ele criticada), acabou ensejando a possibilidade de decisões solipsistas uma vez que pautadas pela escolha do julgador (*ius facere*). Diante do exposto, e conforme narrado quando da introdução do presente estudo, resta discutida, novamente, a legitimidade do poder judiciário e do juiz (democracia representativa verticalizada) como centralizadores do poder Estatal e não, como propugna o presente estudo, a efetiva legitimidade de uma decisão policêntrica (democracia participativa horizontalizada).

Como contraponto a teoria apresentada por Ferrajoli, Lenio Luiz Streck apresenta o termo Constitucionalismo Contemporâneo⁴⁰⁵ para descrever sua concepção jurídica do

⁴⁰⁴ Comporta, em síntese, em uma *normatividade forte* das Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever a ele correspondente à esfera pública. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 56.

⁴⁰⁵ Assim, dou razão a Ferrajoli e reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que venho querendo apontar em minhas obras, mormente em

segundo pós-guerra. O autor, evidenciando a importância dos princípios para a sua teoria⁴⁰⁶, esclarece ser uma concepção muito diversa daquela utilizada pelas doutrinas argumentativas⁴⁰⁷ (neoconstitucionalistas⁴⁰⁸) criticadas por Ferrajoli, uma vez que as ditas teorias argumentativas apresentariam uma significativa abertura interpretativa (heterointegrativa) permitindo decisões solipsistas. Para Streck os princípios, em sentido opostos às teorias argumentativas, seriam responsáveis por instituir a regra e não o contrário, sendo que *a normatividade assumida pelos princípios possibilita um fechamento interpretativo próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais [...]*⁴⁰⁹. Diante do exposto, interessado não só pela teoria da norma (grande problema dos positivistas – formalismo procedimental), mas principalmente com a teoria da interpretação apresenta os princípios em um contexto/conteúdo deontológico (autointegrativo) que fundamenta o Estado Democrático de Direito⁴¹⁰, nos moldes do proposto (também) por Engelmann⁴¹¹.

Verdade e Consenso: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Assim, é preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas), para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo. Na verdade, refiro-me aos moldes constitucionais que implementam, de fato, o plus normativo democrático [...] Nessa medida pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento da práxis político-jurídica que se dá em dois níveis: no plano teórico do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar a onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido a normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que nos termos que proponho representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos). FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 63.

⁴⁰⁶ O que deve ficar claro é que a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática. Norma é um conceito interpretativo. Portanto, deve-se ter presente que a normatividade emerge de um quadro factual constituído por regras e princípios. O problema, então, aparecerá ao pretender deduzir os princípios e as regras de um conceito semântico de norma.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 68.

⁴⁰⁷ Eis aqui a diferença entre a *Crítica Hermenêutica do Direito* e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a CHD parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – em vez de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 281.

⁴⁰⁸ O chamado “neoconstitucionalismo” segundo Pablo Lucas Verdú, consagra o positivismo jurisprudencial, com a formalização e constitucionalização da política pela interpretação jurisprudencial da constituição. A partir deste protagonismo crescente dos tribunais, os juízes foram convertidos de instrumento de garantia em legitimadores do sistema constitucional. De guardião do poder constituinte, o tribunal constitucional se pretende seu substituto, usurpando o poder constituinte do povo. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 324.

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 69.

⁴¹⁰ Nessa perspectiva – e isso é mais característico na minha tese e na de Dworkin –, os princípios são *vivenciados* (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação

Compreendida a concepção principiológica⁴¹² apresentada pelo autor, resta indagar (uma vez que os princípios constitucionais seriam a materialização da moral social⁴¹³) de onde surgem e quais os fundamentos dessa moral constitucionalizada. Procurando responder a esta indagação o autor busca, assim como Ferrajoli, fugir da resposta simples que o positivismo apresentaria (autoridade e imperatividade) momento em que, objetivando solidificar esses valores (preocupado com o conteúdo das normas e não apenas com a forma) assim se manifesta:

Note-se, com isso, não quero dizer que os princípios existem como princípios simplesmente porque a autoridade da Constituição assim os instituiu. Ao contrário, a Constituição é considerada materialmente legítima justamente porque fez constar em seu texto toda uma carga principiológica que já se manifestava no mundo prático, no seio de nossa comum-idade.⁴¹⁴

comum da sociedade. *É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status de constitucionalidade.* Por isso os princípios são deontológicos [...] Os princípios não são princípios porque a Constituição assim o diz, mas a Constituição é principiológica porque há um conjunto de princípios que conformam o paradigma constitucional, de onde exsurge o Estado Democrático de Direito. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 70.

⁴¹¹ A partir dessas idéias, pode-se dizer que os princípios correspondem aos fundamentos, ou aos pontos de partida da elaboração da norma jurídica. Vale dizer que os princípios são os responsáveis pelo encadeamento das normas jurídicas na formação do sistema jurídico. A partir desta constatação, Josef Esser ensina que em todas as culturas jurídicas se repete o mesmo ciclo: “*descobrimto de problemas, formação de princípios e articulação de um sistema*” [...] Por outro lado, parece acertado referir que os princípios representam *os alicerces, as fontes de inspiração, a alma do direito*”. Desta feita, podem ser considerados como substrato responsável pela sustentação do Direito considerado em sua integralidade [...] Observe-se, entretanto, que, apesar da liberdade propiciada pela consideração dos princípios, a efetiva valorização da sua função hermenêutica, visa “*restringir a discricionariedade judicial*” [...] Assim, o recurso aos princípios pode se encaminhar para uma decisão justificada, que escapa da mera subjetividade do juiz. Vale dizer, é o primeiro passo para uma decisão racional, não esgotando, entretanto, o âmbito da justificação. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2001. p. 93-95-123.

⁴¹² Os princípios, portanto, representam a tentativa de resgatar de um mundo prático abandonado pelo positivismo (no âmbito da aplicação do direito). As regras, por outro lado, representam uma técnica para a concretização desses “valores”, ou seja, meios (conduta) para garantir um “estado de coisas” desejado. É por isso, portanto, que a compreensão da regra exige esse “princípio instituidor” sob pena de uma interpretação “alienada”. Mas convém notar que essa distinção somente pode ser feita no plano apofântico, não cabendo como uma analítica constituidora de sentido. No plano hermenêutico, a pré-compreensão “chega antes” de qualquer distinção reflexiva (ou analítico-constitutiva) entre regras e princípios. Por isso o círculo hermenêutico é condição de possibilidade e não um ornamento para justificar posturas interpretativas. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 280.

⁴¹³ O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais quando de sua elaboração legislativa. Mas registre-se: são as Constituições desse novo período que albergam esse novo direito, que busca resgatar as promessas incumpridas da modernidade; e é a partir dele que o legislador deverá agir. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 77.

⁴¹⁴ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 71.

Muito embora a resposta apresentada, ainda assim, resta importante indagar qual o limite para esse mundo prático apresentado por Lenio Luiz Streck⁴¹⁵ para fundamentar a constitucionalização dos princípios que norteiam essa *comum-unidade*, seriam eles os direitos fundamentais ou o poder constituinte originário não possui limites? Pelo contexto da redação apresentada, resta compreensível (salvo melhor juízo) que independente da resposta à indagação realizada, a legitimidade para a institucionalização do regramento que procure responder aos anseios sociais que permeiam o mundo prático, depende da vontade do poder competente para o ato que, segundo o autor, seria o Legislativo (*auctoritas*), eis que legitimado pelo jogo democrático representativo verticalizado em que o povo, na qualidade de legitimador/ícone, dependeria (concentração do poder) da vontade do Estado Legislador para ver seu direito assegurado. Por fim, seria possível, com base no pensamento do autor em comento, legitimar uma decisão judicial policêntrica (Democracia Horizontal), ou a Democracia Vertical ainda seria (nesse contexto) um entrave?

Assim como realizado quando da análise da teoria apresentada por Ferrajoli, diante dos escritos de Streck, resta indagar: Como fazer nos casos de omissão do Estado quando o reconhecimento de um direito, fruto de uma carga principiológica que já manifestada no mundo prático – no seio da comum-unidade, ainda não restou materializado na carta constitucional? Aguardar a vontade política dos dignos representantes de um povo (legitimador/ícone) que participa de um jogo democrático representativo verticalizado e, portanto, lembrado apenas no período eleitoral? Qual a legitimidade democrática dos destinatários das normas constitucionais quando da busca de novos direitos pela via jurisdicional?

Ainda, caso o poder constituinte originário não possua limites, conforme compreendem alguns autores contemporâneos, não estaríamos reprimando a onipotência do legislador, nos moldes da democracia liberal de Locke? Sendo os direitos fundamentais esse

⁴¹⁵ Mas, mais do que isso, *não é qualquer direito que pode ser positivado* (o que contraria a tese da separação “direito-moral”). Em outras palavras, *a Constituição é norma*. Também a relação regra-princípio (distinção estrutural) pode ser considerada como superada, em face do caráter deontológico dos princípios (são, pois, os princípios que “carregam” esse novo direito). Além disso, também pode ser considerado ultrapassado o problema da subsunção ou dedução, a partir do giro ontológico-linguístico (a toda evidência, aplicável ao direito). Tanto a tese da separação como a tese da dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas em decorrência daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito [...] Se o positivismo está focado no modo como se reconhece o “que é direito” (sua validade); a hermenêutica está preocupada com a aplicação do direito. Múltiplas respostas dizem respeito ao relativismo, estando estas umbilicalmente relacionadas com o positivismo (na medida em que este admite a discricionariedade em favor dos juízes). FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76 e 79.

limite (substancial) dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), qual o conteúdo desses direitos fundamentais? Ao manifestar-se sobre a constitucionalização da moral, como valores sociais fruto da facticidade, o autor compreende que, em um Estado Democrático de Direito, mesmo o legislador deve possuir limites quanto ao seu poder discricionário, estando ele vinculado à Constituição, fato este professado também por Ferrajoli. Contudo Streck, como um bom hermenêuta, mais preocupado com a construção da teoria da decisão evitando (também) o retorno a situações vivenciadas nos totalitarismos/autoritarismos fruto, dentre outros fatores, do movimento do direito livre, foca suas energias nos limites aos poderes constituídos sempre com base, usando as palavras do autor, na *onipresença da Constituição*⁴¹⁶ (*auctoritas*). Contudo nesse ponto estaria o autor aproximando-se de Kelsen, quanto ao problema da origem da norma fundamental (validade formal), em especial por não deixar claro quais seriam os limites dessa forma de estruturação do ordenamento jurídico instituído pelo Constitucionalismo Contemporâneo? Poder-se-ia dizer, com base nos pensamentos por ele apresentados, que esses limites (fenomenológicos⁴¹⁷) seriam os fatos sociais? Aceita a resposta surgiria uma nova indagação: quais seriam os limites apresentados aos ditos fatos (históricos) sociais? São os mesmos professados por Ferrajoli (historicidade dos direitos fundamentais), ou poderiam eles fundamentar todo e qualquer tipo de ordenamento jurídico por ser considerado um poder constituinte originário?

Conforme manifestado quando da dissertação de Mestrado, a presente Tese buscará, respeitadas as limitações acadêmicas e filosóficas do subscritor, construir (o que não foi possível na oportunidade) uma resposta pautada na ideia de legitimidade democrática participativa, momento em que, pela Jurisdição restariam configurados/materializados os novos direitos, deixando de ser questionada (como fazem Lenio Luiz Streck, Luigi Ferrajoli e Darci Guimarães Ribeiro) a legitimidade democrática do Poder Judiciário e/ou dos Juízes uma

⁴¹⁶ A “nova espécie de direito”, eivada de direitos fundamentais e com cláusulas de garantia contra o arbítrio, *não se dá simplesmente na formulação legislativa e na “vontade geral”*. Fundamentalmente, ela será encontrada na constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o paleojuspositivismo. E tudo isso está ancorado no contramajoritarismo, que vai além do mero controle da aferição da correção dos procedimentos democráticos utilizados na feitura das leis. Também é na constituição que encontraremos os mecanismos de controle da aferição substancial dos textos legislativos e da aplicação destes textos [...] A igualdade, o devido processo legal, o sentido do republicanismo, a perspectiva de Estado Social, a obrigação de concretização dos direitos fundamentais sociais, para citar apenas estes componentes paradigmáticos, *são obrigações principiológicas de raiz*, que vinculam a *applicatio*. Nesse sentido, pode-se convocar aquilo que Gadamer chama de tradição autêntica ou legítima. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 78.

⁴¹⁷ É preciso entender que a interpretação acerca de um texto, cujo produto será a norma (sentido do texto) a ser aplicada, implica toda uma carga de pré-compreensão, que estão forjadas na facticidade, o que significa dizer que um exame acerca da validade de uma lei será sempre uma análise fenomenológica. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 296.

vez que a legitimidade seria construída/instituída não mais de forma vertical (Estado como único legitimado democrático), mas, sim, horizontal, ou seja, pelas partes no contexto fático fenomenológico de um resultado fruto da participação quando de uma Decisão Policêntrica (Jurisdição Compartilhada) que, fundamentada pelo resultado do objeto do debate processual (contraditório e ampla defesa), seria este um novo *locus* de efetiva e eficaz participação democrática participativa, deixando o povo de ser mero ícone e/ou legitimador, transformando-se (quicá) no verdadeiro e tão sonhado cidadão ativo que, consciente de sua função social, passa a exercer seu poder em público e com conhecimento.

Nesse contexto, resta importante compreender que o processo, para juristas do quilate de Darci Guimarães Ribeiro⁴¹⁸, não se esgota na pretensão processual, pois há também o objeto do debate processual, responsável por dinamizar o direito pelo diálogo entre as partes, expediente que recebe especial atenção da teoria monista, constituindo elemento fundamental para a construção do juízo que reaviva o contraditório, outorgando constitucionalidade ao processo. São os elementos aportados no objeto do debate processual que fundamentarão uma decisão nos moldes da proposta pela Tese objeto deste estudo (policêntrica), expediente que, de forma eficaz, possibilitaria o desvelar do feito em suas complexas singularidades. Para tanto, o objeto do processo⁴¹⁹ consiste no *meritum causae* e, por sua vez, o objeto do debate processual nas questões relativas a lide. O objeto do processo, definido pelo autor⁴²⁰, sofrerá

⁴¹⁸ Por tudo isso, o processo hoje só pode ser compreendido dentro de sua dimensão democrática que indelevelmente está impregnada pelo contraditório, como um espaço público para os debates, razão pela qual conceituamos processo como “um espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente por ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário aos artigos 1º a 12º do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinela (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1 a 317, p. 124.

⁴¹⁹ Para individualizar o objeto do processo, dentro da nossa concepção, bastam unicamente dois elementos: a) o elemento objetivo, conhecido como *petitum*; e b) o elemento causal, que é chamado de causa petendi, já que o núcleo em torno do qual o processo e toda atividade das partes gira reside na petição fundamentada (*meritum causae*) apresentado pelo autor, isto é, o *thema decidendum*. RIBEIRO, 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 (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 40.

⁴²⁰ Aunque 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

(contraditório) a necessária resistência do demandado que, muito embora não desconfigure o objeto do processo, poderá ampliar o objeto do debate processual, reconfigurando a matéria de cognição do juízo⁴²¹, razão pela qual a teoria erigida pelo professor Darci Guimarães Ribeiro apresenta importantes traços de democraticidade ao direito e ao processo civil (vistos em unidade).

Nesse contexto, como consequência do princípio, as decisões policêntricas devem abarcar (fundamento) não só ao objeto do processo, mas, também os elementos que configuram o objeto do debate processual, uma vez que, para ser legítima, deve englobar tanto a pretensão processual deduzida pelo demandante como as exceções trazidas pelo demandado. A lide, em uma decisão estruturante (não podendo ser confundida com mérito), corresponde a configuração do objeto do debate processual e não apenas e tão somente ao objeto do processo, razão pela qual o resultado das decisões policêntricas devem ser ampliados (superação do objeto do processo) pois nela, e por ela, deverão ser desvelados e resolvidos os prolemas fruto das complexidades sociais. Para tanto, a reconfiguração democrática do objeto do debate processual deve permitir a reestruturação da jurisdição que, compreendida em sua integralidade, legitimará o resultado fruto de um diálogo ampliado por uma decisão permeada pelas complexidades sociais.⁴²²

Diante do desiderato proposto, resta enaltecido o princípio do contraditório que, a partir da primeira metade do século XX, sob o influxo da teoria normativa do direito, teve maior atenção quando dos atos processuais, mas, permaneceu (ainda) à margem do fenômeno

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: Lex Nova, 2000. p. 53.

⁴²¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compre RIBEIRO, 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 (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 77-81.

⁴²² Para singularizar el objeto del proceso bastan dos elementos: el elemento objetivo, *petitum* (*Antrag*) y el elemento causal, *causa petendi* (*Sachverhalt*), puesto que el núcleo en torno al cual giran todas las actividades de las partes constituye la petición fundada (a saber, '*meritum causae*', fondo) presentada por el actor, esto es, el *thema decidendum*. En cambio, para individualizar el objeto del debate son necesarios três elementos: el elemento subjetivo, *actor* y *demandado*; el elemento objetivo, *petitum*; y el elemento causal, *causa petendi*, ya que, en virtud de una visión completa del principio dispositivo que engloba tanto la pretensión procesal del actor como las excepciones del demandado, el núcleo en torno al que giran las actividades de las partes constituye el análisis de todas las cuestiones relativas al fondo, *e. g.*, cuestiones previas (presupuestos y requisitos procesales), cuestiones incidentales, condiciones de la acción, excepciones, entre otras. RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 81-84 e 236.

processual.⁴²³ Para compreensão da evolução do contraditório como ferramenta democrática, devem ser compreendidas suas três fases (distintas): “La primera, que denomino *formal* y está caracterizada por la *necesidad de informar*; la segunda, *material* que caracterizase por la *posibilidad de participación* y la tercera, *constitucional*, identificada por el *derecho de influenciar*”.⁴²⁴

Na terceira fase, denominada “direito de influenciar”, fruto das conquistas constitucionais, o processo passa a ser compreendido como um espaço público de debates⁴²⁵, envolto por uma concepção democrática⁴²⁶ em que “o processo não busca decisões justas, mas assegura às partes participarem de forma isonômica na construção do provimento”⁴²⁷. Esta nova visão do contraditório permitiu a flexibilização de determinados ditames processuais como a ideia de congruência⁴²⁸, isso em virtude da complexidade social que agora aporta aos autos, complexidade esta que enseja novas pretensões (interesses coletivos) que exigem do juízo uma reconfiguração das respostas que, deixando os modelos argumentativos, motivacionais e/ou solipsistas, exigem uma fundamentação democrática pautada pelo contraditório (agora pela Tese, em uma quarta fase, a *Democrática* como “direito de *participar da jurisdição*” e não apenas influenciar no processo, mas de construir a decisão, o que deve ser feito no intuito de contribuição social para a construção de uma resposta que deve emergir do diálogo fruto do objeto do debate processual – jurisdição compartilhada).

Para tanto, o processo deve apresentar como norte a resolução dos conflitos e não mais apenas a mera obediência procedimental abstrata, devendo, nele e por ele, restar desvelada a complexidade social pela apreensão fática do conflito no (e pelo) caso concreto, procedimento

⁴²³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 138-139.

⁴²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, [S.l.], n. 40, p. 111, 2014.

⁴²⁵ A “ordenação”, a “disciplina” e a “interpretação” do direito processual civil “conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República” é, destarte, verdadeira imposição constitucional. As normas constitucionais, todas elas, deve ser acatadas inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação para o atingimento de suas finalidades, o que, aliás é eloquentemente designado, não por acaso pelo inciso LIV do art. 5º da própria Constituição Federal, como devido processo legal ou, como parece ser mais adequado para significativa parcela da doutrina, devido processo constitucional. BUENO, Cassio Scarpinela (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1 a 317, p. 22.

⁴²⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, n. 40, p. 114-115, 2014.

⁴²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 139.

⁴²⁸ Acerca da flexibilização da congruência, da flexibilização e da incongruência processual, ver: SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo)**: o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito. 2018. 844 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2018.

em que a lide resta reconfigurada pelo objeto do debate processual.⁴²⁹ Esse novo contexto fruto do contraditório em sua “quarta fase” (Direito de Participar da Jurisdição) evidencia a importância do diálogo processual fruto de uma democracia participativa (realizada pelo processo), utilizando-se como fundamento a dialética Gadameriana⁴³⁰, cuja filosofia propicia o necessário encontro entre a discussão, o contexto social e a existência participativa dos interessados, mecanismo responsável por afastar o monólogo do juiz quando da decisão judicial, restando enaltecida a importância da cooperação entre partes e judiciário na construção de uma decisão policêntrica como fruto de um compartilhamento (e não mais separação e/ou apenas divisão) de poderes.

Gadamer, ao realizar o giro hermenêutico voltado à conversação, compreende que o que é dito não possui uma verdade em si mesmo, remetendo para trás e para frente ao não dito. Perguntar e responder implicam em um diálogo interminável em cujo espaço estão a palavra e a resposta, onde está o que é dito.⁴³¹ Assim, a *dialética dialógica* não busca a última redução do real a um conceito definitivo, uma vez que, diverso da dialética Hegeliana, a dialética Gadameriana não constitui um instrumento formal (relação sujeito/objeto), mas, envolve o sujeito (relação sujeito/sujeito) na jurisdição. Com a superação da dialética hegeliana em diálogo, supera-se a ideia de uma razão pré-constituída e abstrata (pré-conceito – verdade inautêntica) em busca de uma construção de conhecimento compartilhado fática e fenomenologicamente (pré-compreensão), esta fruto de uma verdade autêntica. O diálogo é humano e se preocupa com as respostas, de modo que não pode ser imposto ou pré-determinado por alguém ou por um dado externo. Na dialética, o sujeito assume posição frente ao outro, aceitando os riscos deste movimento como imprevisível. O diálogo implica ouvir, receber, procurar e captar, para compreender o que o outro quis dizer, momento em que

⁴²⁹ Las nuevas tendencias en este aspecto indican un reforzamiento de las potestades judiciales en el ambito del comando y la ordenacion del tramite de las causas. Las tecnicas apropiadas pueden ser diversas. Algunas estan vinculadas con la flexibilizacion de ciertos principios procesales (como el de preclusion, que deriva en la preclusión elastica de las deducciones) o el de congruencia. Unas y otras conducen indirectamente al incremento de las potestades judiciales. El manejo de los procedimientos con la finalidad de asegurar los fines publicos del proceso y la rapida definición del litigio, se exterioriza mas genericamente atraves de las tecnicas de gestion, propias del denominado *case management*, que suponen dejar librada al juez, en buena medida, la gestion de las distintas etapas del proceso y particularmente de la produccion y recepcion de las pruebas. Bien que siempre bajo reglas abiertas que proporciona la propia ley. BERIZONCE, Roberto O. Bases para actualizar el código modelo procesal civil para iberoamérica. **Themis**, [S.l.], n. 58, p. 192, 2014.

⁴³⁰ [...] 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 filosofar responsable, y que coloca a los hábitos de lenguaje y pensamiento, que cristalizan en el individuo através de su comunicación con el entorno, ante el foro de la tradición histórica a la que todos pertenecemos comunitariamente. GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 8. ed. Salamanca: Sígueme, 1999. t. 1, p. 27.

⁴³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Salamanca: Sígueme, 1998. t. 2, p. 150-15.

ouvir não significa anular-se ou realizar o que o outro diz, mas sim compreender o outro no seu horizonte e a própria disposição de acatar (ou não) uma informação diversa e/ou até oposta a sua. Como fruto deste diálogo, a ser expressado como uma *colaboração/cooperação*, é que exsurge um pretense consenso que não denota uniformidade, eis que pautado por influxos éticos, políticas e sociais policêntricos.⁴³²

O/A diálogo/dialética (perguntas e respostas) não busca derrotar um dos participantes sociais, nos moldes do propiciado pelo Estado Moderno, mas testar suas afirmações a luz do próprio tema. No mesmo sentido, o diálogo hermenêutico⁴³³ busca tirar o texto de sua

⁴³² ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: uma configuração entre amizade aristotélica e dialética dialógica*. **Síntese**, Belo Horizonte, v. 31, n. 100, p. 193-198, 2004.

⁴³³ Para 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, 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 arquimédico 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

alienação/abstratividade (forma rígida, escrita), reposicionando-o em um contexto (*práxis*) em que os conflitos restam presentes, vivos na/pela participação das partes que responsabilizam-se pelo desvelar das realidades sociais em um jogo verdadeiramente democrático. A partir da dialética ocorre uma fusão de horizontes, um encontro do texto transmitido/construído pela democracia representativa (regra) que passa a iluminar o horizonte prático como fruto da pré-compreensão (revelação ontológica) de uma democracia que deve ser participativa (princípios). Essa revelação que ocorre pela fusão de horizontes faz com que algo, até então, ignorado reste compreendido/desvelado, expediente fruto da linguagem (norma).⁴³⁴ Muito embora essa importante contribuição da linguagem permeada pelo diálogo, necessário compreender que, pelo paradigma da modernidade, a arte da conversação restou posta de soslaio, acarretando na monologização da conduta humana, fato este que reverberou nos procedimentos processuais pautados por decisões verticais/solipsistas. Assim, inobstante o reconhecimento social da importância do diálogo como condição de possibilidade da comunidade e servindo como instrumento letal contra a política hegemônica e a dominação dos poderosos, no Estado Moderno as bases da construção processual estavam solidificadas em pensamentos fruto de uma ética utilitarista cujo bem último deveria ser o prazer individual.⁴³⁵

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*, [S.l.], v. 10, n. 29, p. 42-44, 1983.

⁴³⁴ PALMER, Richard E. *Hermeneutica*. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 201-204.

⁴³⁵ LÓPEZ, Antonio Marino. Diálogo y phrónesis en el pensamiento de H.-G. Gadamer. Meditación de sus aporías. In: CAMPOS, Raúl Alcalá; ESCOBAR, Jorge Armando Reyes (org.). *Gadamer y las humanidades*: filosofía, historia, ciencias sociales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. p. 60-61.

A proposta construída pela Tese em comento, contrariando os pensamentos da modernidade, apresenta um modelo processual em que o juiz não possa centralizar poderes, sendo de elevada importância, para tanto, a linguagem, elemento que resta configurado pelo contraditório no momento do exercício do diálogo quando do objeto do debate processual, apresentando a decisão (policêntrica) como uma construção coletiva⁴³⁶ (jurisdição compartilhada), mecanismo este reflexo de uma conversação, uma troca de propostas e respostas, mecanismo responsável por retirar do juiz a vontade soberana e absoluta, que se torna condicionada/vinculada (não discricionária e/ou arbitrária).⁴³⁷ O direito não é somente um meio para exercer a justificação e a dominação, mas permite a dialética social, como fato de protesto e impugnação. Os conflitos atuam na sociedade para manifestar essas reivindicações e a Jurisdição deve propiciar mecanismos que possibilitem a resolução pacífica dos conflitos.⁴³⁸ Na jurisdição compartilhada o processo é dialético e a sentença deve ser uma consequência (incerta) cujo fundamento resta desvelado pelo contraditório e pela ampla defesa como fruto de um poder que resta horizontalizado.⁴³⁹

Assim, o direito, pela democracia horizontal, oferece uma segunda chance ao debate, já não mais a nível de lei, senão na escala individual do caso concreto com fulcro em um contexto constitucional em princípios desvelados fática e fenomenologicamente. É importante realizar essa distinção de planos e funções, realizando um “[...] *debate de su propia dramaturgia, una reformulacion de sus propios actores, como si estuvieran siempre obligados a responder de sus acciones ante un controlador superior o mas distanciando.*” O contraditório, a um nível mais profundo (quarta fase – direito de participar da jurisdição),

⁴³⁶ A 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 constiu-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: Revan, 2010. p. 152-153.

⁴³⁷ CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. 1. ed. Napoli: Morano, 1968. p. 679.

⁴³⁸ Bajo un regimen juridico, la paz que caracteriza una sociedad no significa ausencia de conflictos, sino mas bien el establecimiento de mecanismos susceptibles de resolverlos pacificamente: un estado «agonal», «civil» en cuyo seno se hacen valer unas reglas del juego que son las que presiden la confrontacion entre los protagonistas. OST, François. Pra qué sirve el derecho?...Para contar hasta tres. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l], n. 40, p. 21, 2017.

⁴³⁹ CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**. 1. ed. Napoli: Morano, 1968. p. 681.

consiste na natureza de o direito sempre unir polos humanos, a partir das diferenças que crescem nesta relação. O direito não é mais que o debate contínuo, onde o terceiro garante que a diferença opere e que a palavra circule “*La cifra 3 (o la institucion del tercero imparcial) es una suerte de garantía de que jamas el 1 se va a encerrar en si mismo, o de que el 2 jamas va a absorber al 1 [...]*”⁴⁴⁰. O princípio constitucional do contraditório agora adquire uma nova dimensão, pois compreendido como garantia de participação em sentido substancial, e não somente formal, reconhecendo às partes a influência direta na formação do juízo. A dimensão substancial do contraditório significa que as partes devem (obrigatoriamente) ser *ouvidas*, procedimento diverso de quando a elas era garantido apenas o direito de falar “*En esa perspectiva, el contradictorio es el soporte y basamento nuclear a partir del cual se construye el concepto de proceso.*”⁴⁴¹, pois “*La que nosotros llamamos tutela del derecho es en realidad tutela del proceso.*”⁴⁴²

O contraditório, pelo paradigma da complexidade, não é mais um elemento formal do processo, mas um elemento fundamental para a abertura de horizontes do objeto do debate no processo, garantindo-se uma legítima tutela jurisdicional. Além de estabelecer a igualdade entre as partes, o princípio do contraditório oportuniza a participação política dos cidadãos na construção da jurisdição quando do diálogo oportunizado pelo debate processual, este apresentando-se como um novo *locus* democrático, no qual resta garantido, aos atores sociais (verdadeiros cidadãos), a efetiva participação na construção policêntrica das decisões (jurisdição compartilhada).⁴⁴³ É nesse contexto que a Tese compreende o objeto do debate (dialética processual), a nível de contraditório, como um elemento de colaboração processual, consistindo matéria na qual, de maneira fundamentada, deverá o juiz concretizar o direito pela decisão, fornecendo traço de democraticidade e participação à criação do direito no caso concreto.

⁴⁴⁰ OST, François. Pra qué sirve el derecho?...Para contar hasta tres. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 40, p. 15, 2017.

⁴⁴¹ BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. **REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, p. 506. maio/ago. 2017.

⁴⁴² SATTA, Salvatore. **Soliloquios y coloquios de un jurista**. Buenos Aires: Ediciones Juricias Europa-America, 1971. v. 3, p. 36.

⁴⁴³ 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 Direito. A finalidade de um bom governo não é possível ser expressada frente à sociedade plural, o que exige a constante renovação do debate para a alocação dos bens da sociedade. SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito**. 2018. f. 582. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2018.

Essa preocupação resta justificada uma vez que hoje, muito embora já positivadas as garantias constitucionais, a inércia do Executivo estaria propiciando a manutenção/o repositar de um judiciário protagonista que, avocando para si uma legitimidade verticalizada, estaria extrapolando os limites constitucionais que lhe são impostos. Assim, pautada por um modelo democrático moderno que, mantendo uma compreensão democrática representativa, muito embora tenham perpassado a mera formalidade em busca da substancialidade, quando da criação do direito, ainda enaltecem o poder verticalizado do Estado, estrutura em que apenas ele está autorizado (*auctoritas*) a construir novas realidades (artificializadas pela generalização abstrada) sociais, mantendo assim o povo equidistante da verdadeira função democrática, estagnando-o em sua qualidade de mero ícone e/ou legitimador.

Objetivando alterar a forma de compreensão democrática (moderna/constitucional), em busca de uma horizontalização participativa pela Jurisdição é que, no próximo capítulo, serão abordadas temáticas de extrema importância para a Tese proposta, uma vez que, para o Estado Pós-Moderno, em uma Decisão Policêntrica o objeto do debate processual deve ser concebido como um *locus* privilegiado de participação democrática (descentralização e compartilhamento do poder) de um povo que, deixando de ser mero espectador/consumidor, busca o protagonismo pela participação esclarecida com pretensões não apenas de efetivação de garantias constitucionais que, pela modernidade tardia vivenciada no Brasil, permanecem sonegadas pelos poderes constituídos, mas, também e principalmente, na constituição/construção de novos direitos, isso em virtude da inércia dos “(ir)responsáveis” estatais que restam mergulhados em escândalos de corrupção.

3.4 O Estado Pós-Moderno e os Reflexos Político-Jurídicos em suas Funções

Muito embora a significativa evolução apresentada no período constituído pelo Estado Constitucional, momento em que a constituição passa a ser compreendida como importante instrumento jurídico (nascido do Estado Ativo Responsivo), resta, como narrado, ainda, tímida a necessária concretização dos comandos constitucionais, eis que mantida em um expediente democrático de viés representativo/vertical. Nesse contexto, necessário se faz, em um Estado Pós-Moderno, uma releitura democrática e jurisdicional, momento em que devem ser concebidos como Ativos Responsivos não só o Estado, mas, também, os juízes e as partes (verdadeiros cidadãos).

3.4.1 O Protagonismo do Cidadão e o Resgate da Centralidade Política no Social: por uma democracia horizontal

Tenemos la más firme convicción de que, para la vigencia de un Estado Democrático de Derecho es indispensable una consciencia cultural que afirme el principio de que el punto de partida fundamental y la meta de todo que hacer de la cultura y el Estado son el hombre y la sociedad.⁴⁴⁴

Com a evolução social do Estado Moderno para o Constitucional e o Pós-Moderno, necessário se fez discutir o termo poder e, em especial, a relação dos poderes constituídos entre si. Nesse contexto de transição, as definições em comento restam importantes eis que impactarão nos protagonismos a serem discutidos quando do terceiro e quatro capítulos do presente estudo. Contudo, antes de aprofundar o tema, importante relembrar que a visão democrática representativa compreendia como essencial a separação do poderes, expediente já compreendido pelo Estado Absoluto (mesmo que não democrático) em que restaram, na Inglaterra, separados os poderes do Estado dos da Igreja, muito embora, para Cappelletti, a França seja a grande responsável, quando da Revolução Francesa (Estado Social), por enaltecer o ideal da rígida Separação dos Poderes⁴⁴⁵.⁴⁴⁶

Já a teoria elaborada pelos Norte-Americanos, com o advento das primeiras Constituições, apresenta um aspecto utilitarista. Mantendo como base a ideia de Separação dos Poderes, deixa de lado a concepção rígida proposta pela França, iniciando um procedimento que restará dimensionado em uma concepção mais próxima da Divisão dos Poderes, isso em virtude de, já nas primeiras Cartas, compreender o sistema de *check and balances*. Para a teoria responsável pela compreensão de possibilidade de Divisão dos Poderes⁴⁴⁷, a jurisdição (sob uma nova ótica) passa a abarcar todos os aspectos do interesse

⁴⁴⁴ HARO, Ricardo. Algunas reflexiones sobre el estado social y democrático de derecho. Una visión Latinoamericana. **Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay**, Uruguay, n. 8, p. 223, 2006.

⁴⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 48.

⁴⁴⁶ 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. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 104-105.

⁴⁴⁷ La division de poderes significa, en primer lugar, una diversificacion de funciones. El Régimen se diversifica según que dé ordenanzas generales o aun concretas (órdenes) y las ecute 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 com univocidad su especificacion y ejecucion por el poder administrativo, ni tampoco su interpretacion y aplicacion em atencion a controversias por el poder judicial. El juez no es meramente “la boca de la ley”, coforme opinaba Montesquieu, ni es tampoco la administracion, meramente su brazi. Se trata más bien de trizillizos siameses que, aunque indisolublemente unidos entre si, posen, 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 consideracion del poder administrativo, lo somete, pues, tanto a la legislacion (principio de la legalidad de la administracion) como a los tribunales, sea a los tribunales

público⁴⁴⁸ (interesses de governo e/ou de garantias sociais). Todo e qualquer ato de poder, nesse contexto, estará sujeito a cooperação e ao controle e/ou revisão/revogação/anulação de atos e procedimentos em razão de sua suposta (i)legitimidade, (in)competência e/ou (i)legalidade, tendo como função assegurar o controle e/ou cooperação mútua.

Para o expediente em comento o Poder deve ser controlado (contrapeso e balanceamento) sendo que a competência/legitimidade, para tanto, deve ser dividida entre instituições e/ou organismos delimitando os poderes⁴⁴⁹, sendo que esse procedimento, nos Estados Unidos da América (diante da influência inglesa) deslocou essa função em benefício do Poder Judiciário, o que fez por diversos fatores, evidenciando a necessidade de compreender o alcance/limite desse contexto social/jurídico.⁴⁵⁰

ordinarios, sea a tribunales especiales de lo contencioso-administrativo. En este último aspecto recordamos la reciente ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. También urge destacar que la división de poderes exige el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Este reconocimiento se ha abierto brecha paulatinamente contra doctrinas adversas, como la anglosajona, condensa en el adagio: *The king can do no wrong*. Mencionamos, en Francia, el Arrêt 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 inició la buena tesis por la Corte Suprema a partir del caso Devoto, Tomás (S. 22, IX, 1933, en ur. Arg. T, 43, págs. 416 a 420). GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción al derecho** (estructura del mundo jurídico). Madrid: Aguilar, 1963. p. 128-129.

⁴⁴⁸ O Interesse Público: são todos os valores pelos quais a sociedade se assenta. GENY, François. **Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo**. 2. ed. Madrid: Editora Reus, 1925.

⁴⁴⁹ A esto hay que añadir que, en la práctica la división de poderes no puede establecer siempre tan nítidamente, que se encomiende cada Poder a 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, tenía 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. 1. ed. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 194-196 e 864.

⁴⁵⁰ Entrementes, 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

Para tanto, premente será a análise do que passou a ser conhecido como Estado Ativo-Responsivo, para o qual são diversos os termos poder e autoridade, retirando a soberania monárquica do Legislador⁴⁵¹, o que faz ao, supostamente, partilhar a autoridade entre os demais poderes, momento em que aos cidadãos restam assegurados outros mecanismos de controle do poder político que não apenas o voto, iniciando uma nova configuração de jurisdição (transição do Estado Moderno ao Estado Constitucional), tendo como primeiro passo a reestruturação da democracia representativa formal (procedimentalista) para a democracia representativa material (substancialista), procedimento que apresenta o Judiciário como uma importante abertura para essa, suposta, ampliação democrática (Entrega da Tutela Jurisdicional Estatal), assegurando aos cidadãos a possibilidade de um novo espaço de efetivação dos interesses e garantias protegidos pela Constituição no tocante, agora, ao seu conteúdo formal e substancial.

Importante destacar que a técnica Constitucional Pós-Moderna, instituída sob o manto do Estado Democrático de Direito, exige um maior esforço dos órgãos jurisdicionais, forçando o seu caráter Ativo o que faz ao propor a superação do Estado Reativo⁴⁵² (arquitetado junto aos modelos de Estado Liberal, Social e Constitucional), que acaba por centralizar a participação política na figura do voto (Democracia Representativa). Assim, objetivando superar esse mecanismo democrático nascido no berço da modernidade os novos atores sociais (deixando a condição de povo ícone/legitimador) exigem novas ferramentas para solução dos velhos problemas (anseios sociais)⁴⁵³ momento em que a Jurisdição (reconfiguração das funções – de separação para divisão dos poderes constituídos) passa a ser concebida como um dinâmico mecanismo democrático para efetivação de novos direitos⁴⁵⁴.

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.

⁴⁵¹ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 189.

⁴⁵² 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. SILVA, Ovídio Baptista Araújo da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

⁴⁵³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁵⁴ 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 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

Importante compreender que os elementos de estruturação social, em especial nas sociedades complexas como as Pós-Modernas, apresentam significativa mudança. Em constante e natural evolução/transformação não é mais possível/viável a manutenção estática, como ocorrida nos Estados Moderno/Constitucional, de um único caminho democrático para o exercício de direitos políticos (democracia representativa verticalizada – voto/iniciativa popular/referendo/plebiscito)⁴⁵⁵, expediente responsável pela ideia de rígida separação dos poderes. É nesse contexto de complexidades que nasce uma nova Jurisdição (divisão de poderes), agora como importante instrumento democrático de participação popular (novos atores sociais), espaço em que os cidadãos ativos passam a exercer/assegurar, de forma participativa, a efetivação de seus direitos. É nesse caldo cultural que iniciam as primeiras indagações quanto a legitimidade democrática das decisões judiciais, uma vez que (perpassando os limites apresentados pelo modelo de separação de poderes) esse novo mecanismo democrático oportuniza o nascedouro de um suposto Estado Ativo-Responsivo que, compreendendo/reconhecendo a permeabilidade das demandas sociais nos pleitos jurisdicionais, acaba tensionando a relação existente entre os princípios, as regras e as normas, em especial no que tange a efetivação/concretização de políticas públicas.⁴⁵⁶

É com esse desiderato que os ativistas judiciais, conforme restará demonstrado em momento oportuno, reconhecem o processo (respaldado pelo contraditório e pela ampla defesa), como o novo *locus* democrático no qual restam descentralizadas as decisões políticas, ocorrendo uma significativa ressignificação processual objetivando dar conta desse novo contexto de pluralidade existencial, oportunizando um ambiente de expectativas positivas elevadas a seu respeito quanto a pretensa possibilidade de resolução de todo e qualquer

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 saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes. BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

⁴⁵⁵ [...] 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 [...]. FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en las crisis del Estado Nacional. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (org.). **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 110.

⁴⁵⁶ Importante demarcar a centralidade política da Jurisdição, “a Suprema corte parecia promover o cinismo 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 preferências 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: Revan, 2010. p. 9; 123-124.

problema social⁴⁵⁷. Para tanto, restaram centralizadas, na atividade jurisdicional, muitos dos efeitos da politização do direito, fenômeno que tem fomentado/fundamentado a reestruturação dos Códigos de Processo Civil na atualidade, resta compreender (nesse novo caldo de cultura, o que se pretender fazer nos tópicos finais deste estudo), os elementos que legitimam (ou não) decisões judiciais dessa envergadura. É nesse contexto que a presente Tese, perpassando a ideia de processo como democracia verticalizada (procedimentalista/substancialista – Protagonismo do Estado Legislador/Juiz – Centralização Estatal – Separação e/ou Divisão de Poderes)⁴⁵⁸, apresenta uma Jurisdição Democrática Horizontalizada (Decisão Policêntrica – Protagonismo dos Partícipes Sociais – Descentralização Estatal – Poder Compartilhado), expediente em que o objeto do debate processual transforma-se na ágora, novo *locus* privilegiado para o exercício da cidadania.

Assim, pela releitura democrática do processo, a jurisdição exsurge como uma importante/autêntica/dinâmica ferramenta de comunicação social e de reconstrução da relação entre o Homem, o Estado e o Direito⁴⁵⁹, sendo papel do cidadão ativo o exercício democrático participativo. Trata-se de um reconhecimento intersubjetivo das potencialidades humanas e sociais fruto de um devir complexo em que seus efeitos/defeitos desaguam na efetivação de uma nova realidade social/política fundamentada pelo objeto do debate processual (relação sujeito/sujeito) e legitimada pelo contraditório. Esse novo contexto social, em grande parte fruto do(a) descaso/ineficácia dos poderes constituídos (em especial o Executivo), enaltece a importância da emancipação social dos partícipes democráticos (autonomia) que, deixando sua condição de alienados (alijados do processo democrático clássico) acabaram por oportunizar uma importante ressignificação (resgate da centralidade social) da política, o que

⁴⁵⁷ SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática a justiça**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Cortez, 2007. p. 18.

⁴⁵⁸ En el proceso judicial del Estado reactivo, las decisiones se justifican más en términos de la justicia de los procedimientos empleados que en lo acertado de los resultados obtenidos. En contraste, las reglas y reglamentaciones procesales en el Estado Activista ocupan una posición mucho menos importante e independiente: el proceso es básicamente la donde alla del derecho substantivo. Si el propósito del proceso judicial es llevar a cabo la política estatal en casos contingentes, las decisiones se legitiman en primer lugar en cuanto a los resultados correctos que incorporan. Un procedimiento correcto es aquel que aumenta la probabilidad – o maximiza la posibilidad – de alcanzar un resultado substantivo acertado, más que otro que haga efectivas las nociones de justicia o proteja algún valor substantivo colateral. En este sentido, entonces, el derecho procesal del Estado activista sigue al derecho substantivo tan fielmente como una sombra. Y en la medida en que el propio derecho substantivo siga fielmente una política de Estado; el derecho procesal es doblemente instrumental, o doblemente derivativo: como el arte en la visión de Plotino, puede compararse con la sombra de una sombra. No se debe entender, no obstante, que queremos decir que la exactitud de los resultados justifica cualquier procedimiento empleado para alcanzar ese resultado. Incluso en Estados enteramente activistas, algunas reglas procesales son de naturaleza dual, en el sentido de que no respetarlas no sólo altera un orden procesal interno, sino sugiere asimismo que se ha violado una política substantiva. DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago: Jurídica del Chile, 1986. p. 255-256.

⁴⁵⁹ DINAMARCO, Cândido R. **Instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiro, 2009. p. 232-233.

só foi/é possível a partir do reconhecimento/fortalecimento da ideia de divisão dos poderes (sistema Norte Americano⁴⁶⁰), momento em que a jurisdição apresenta-se como uma atividade processual fundamentada pela compreensão hermenêutica fruto de um diálogo horizontal oportunizada pelo contraditório, procedimento que se propõe a legitimar/fundamentar decisões mais eficazes para a resolução fática e fenomenológica (verdades autênticas) dos problemas sociais. A jurisdição fruto de uma democracia mais participativa (perpassando o Estado Ativo-Responsivo) procura redimensionar a função da Decisão e reestruturar a Jurisdição em busca da legitimidade/eficácia da Resposta Social Policêntrica pela necessária fundamentação (filosófica/hermenêutica) ao reconhecer o contraditório e a ampla defesa como princípios/limites norteadores do objeto do debate processual, não mais sendo aceito mero silogismo (positivismos) e/ou motivação (filosofia da consciência).

Para tanto a *auctoritas* (conforme restará discutido em momento oportuno), fundamentada pelo contraditório e pela ampla defesa, exsurge materializada na participação democrática das partes (cidadão ativo) quando do objeto do debate processual, sendo este um importante elemento de legitimidade para a necessária fundamentação de uma resposta coletiva desvelada pela compreensão hermenêutica, momento em que, pela facticidade e fenomenologia, seria responsável por concretizar (de forma eficaz) um direito como fruto da dinamicidade jurisdicional. Esse sistema permitiria a necessária superação da figura do Estado/Legislador delimitado pela aplicação descontextualizada da lei (*ius dicere* – silogismo) ou, ainda, pela figura do Estado/Juiz responsável pela construção solipsita de valores (*ius facere* – argumentativo/motivado). Não mais preso ao fenômeno conflitual como mera dualidade (verdades inautênticas/abstrativizadas), a Decisão, nessa nova quadra da história, seria fruto da compreensão hermenêutica filosófica, superando os modelos estáticos pela dinamicidade do objeto do debate processual pautado pelo contraditório e pela ampla defesa.

É nesse contexto que a Jurisdição Democrática oportunizaria a necessária ressignificação social do poder (quando e pelo objeto do debate processual), sistemática que permitiria compreender a significativa importância da transição da teoria da separação dos poderes (rígida/inflexível – Estado Moderno), próprio de um modelo de centralização de poder democrático vertical, para uma necessária e legítima divisão/descentralização/compartilhamento de poderes, objetivando a construção de uma decisão policêntrica (Estado Pós-Moderno), oportunizando a necessária participação democrática (partes e Juiz) no âmbito jurisdicional quando do desvelamento dos fenômenos sociais.

⁴⁶⁰ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Forense, 2000. p. 32.

Muitas teorias e construções da filosofia política contemporânea centram a criação do direito pela atividade política do juiz, sendo corriqueiro decisões de cunho político ideológico (decisão como política pública). Pela reconfiguração apresentada pela Tese restaria rompida essa centralidade política, seja na Jurisdição e/ou no Processo, restando deslocada para o protagonismo das partes (cidadania ativa), procedimento que (pela dinamização do objeto do debate) desloca o fundamento de validade/legitimidade da figura do Judiciário/Juiz (formal/procedimental – *ius facere*) para a figura policêntrica dos partícipes democráticos, sendo estes os responsáveis por limitar/constranger a decisão judicial (contraditório e ampla defesa – *auctoritas*) não podendo ela ser extra, ultra e/ou citra petita⁴⁶¹.

Pelo exposto resta demonstrado (assim espera-se) que o elemento político do direito restará descentralizado da figura procedimental/processual do Estado Legislador e/ou Juiz. Nesse novo contexto, ao ser desvelado quando do objeto do debate processual (Jurisdição Democrática Participativa), a legitimidade da decisão construída pelas partes (policêntrica) será fruto de um poder compartilhado fundamentado pela dinâmica jurisdicional que, perpassando as subjetividades (relação sujeito/objeto) próprias de um processo individualizado/abstrativizado/dualista (Estados Moderno e Constitucional – hipersubjetivação dos direitos), resta fundamentado pelo contraditório, sendo este um dos grandes responsáveis pela construção de uma decisão legítima e eficaz (*auctoritas*), eis que horizontal/contextualizada/policêntrica, realidade que só será possível em um ambiente permeado por uma interpretação (fática/fenomenológica) fruto de uma hermenêutica filosófica (relação sujeito/sujeito).

As mudanças apresentadas refletem uma realidade socioeconômica em que os mecanismos democráticos da modernidade (representativa formal e substancial, ambos atrelados a ideia arcáica do voto – povo ícone/legitimador) afastaram os partícipes do jogo efetivo da democracia perdendo (se é que um dia tiveram) a legitimidade para enfrentamento das necessidades de uma sociedade pulverizada com complexidades policêntricas. É nesse contexto que a ressignificação do objeto do debate processual, apresenta uma nova estruturação jurisdicional que viabiliza o protagonismo do cidadão (sujeito ativo em busca de

⁴⁶¹ La 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**, [S.l.], n. 19, p. 1-19 e 23, 2007.

direitos) em uma democracia participativa, resgatando a centralidade política pelo diálogo quando do enfrentamento da realidade social (agora) de uma forma horizontal e não mais (apenas) vertical, expediente que, reconhecendo a salutar autonomia das partes, caminhará (em muitos casos) na direção da ampliação da capacidade de autocomposição. A politização da vida ganha espaço em um modelo de democracia permeada pelo poder compartilhado, mecanismo essencial para a construção/efetivação de uma democratização, não mais apenas do Estado (Moderno) e da Democracia (Constitucional) e/ou do Processo (Ativistas/Processualistas) mas das Decisões (Pós-Moderno), devendo estas serem fruto/consequência da dinâmica jurisdicional que, pelo diálogo participativo, passa a responsabilizar-se (coletivização horizontalizada) pelo desvelar dos fenômenos fruto dos problemas sociais só possível em um cenário de compreensão hermenêutica (fundamento e não mero silogismo e/ou motivação), sistema responsável pela legitimidade das respostas construídas (*auctoritas*)⁴⁶² de forma horizontal e não mais vertical (sentido diverso de uma simples Entrega de uma Tutela Jurisdicional do Estado).

A responsabilização sociopolítica, nesse novo contexto, deixa de ser função exclusiva do Estado Legislador/Juiz⁴⁶³ uma vez que o protagonismo passa a ser dos partícipes democráticos (partes no processo compostas por cidadãos ativos responsivos), mecanismo que desagua na desejada eficácia da decisão judicial por ser ela fruto de uma responsabilidade compartilhada (divisão/compartilhamento de poderes – democracia horizontal)⁴⁶⁴. Esse novo partilhar de

⁴⁶² Sin derecho, la política no podría actuar; sin política, el derecho no podría evolucionar. VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado**: fundamentos de filosofía política. México: Trilla, 2002. p. 72.

⁴⁶³ 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. 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. CARNOTA, Walter F. Responsabilidad social de los jueces. **Editorial Infojus**, [S.l.], p. 235-244, 2018. Disponível em: www.infojus.gov.ar. Acesso em: 26 out. 2018.

⁴⁶⁴ Do 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 caracterizado pela contração dos recursos disponíveis e pelo aumento, por vezes insustentável, da morosidade processual e com a consequente defesa de uma política de ruptura quanto às práticas judiciárias, 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

poderes agora permite aos cidadãos voz ativa quando da construção do objeto do debate processual, o que resta oportunizado pela ressignificação da jurisdição, fruto do revisitar da visão clássica do contraditório e da ampla defesa, momento em que resta superado o sentido de simples declaração. Não se trata mais de uma simples Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (democracia vertical), mas, sim, de uma Construção de uma Tutela Jurisdicional Compartilhada.⁴⁶⁵ A coletivização das responsabilidades sociais/jurídicas (divisão de poderes) construirá, com fundamentos sólidos (contexto), uma decisão judicial compartilhada e eficaz, uma vez que fruto de um processo democrático⁴⁶⁶ participativo que propicia o reconhecimento/efetivação dos direitos sociais, sistema que passa a não apenas reconhecer como, principalmente, desvelar (compreensão hermenêutica – verdades autênticas) os reais elementos que estruturam os problemas sociais, viabilizando o reconhecimento de novos direitos em um mundo de complexidades policêntricas, mecanismo que, para tanto, exige a

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 adoção 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 um novo modelo de administração e gestão, o Modelo da Qualidade Total, baseado nos fundamentos do modelo festionário e que parte de um modelo europeu de excelência de gestão pela qualidade consagrado pela Fundação Européia 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.

⁴⁶⁵ [...] 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.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en las crisis del Estado Nacional. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (org.). **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 110.

⁴⁶⁶ [...] 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**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 183. (Os Três Caminhos).

repolitização (protagonismo) do cidadão⁴⁶⁷ (e não do Judiciário e ou do Juiz – Solipsismos) em contraponto a ineficácia do Estado. É nesse contexto que o Estado, deixando um protagonismo narcisista, passa a compreender suas reais funções (serviço público) em que os legítimos detentores do poder são os interessados no feito (cidadãos ativos) que, assumindo o protagonismo, passam a exercer seu direito de participar da decisão judicial (objeto do debate jurisdicional) o que deve ser reconhecido, como já narrado em diversas oportunidades neste texto, pela ressignificação da visão clássica do contraditório e da ampla defesa, momento em que pelo diálogo horizontalizado os partícipes democráticos, com *auctoritas*, não apenas colaboram/participam como, também, legitimam a construção/fundamentação da decisão que, nesse contexto (fático/fenomenológico) oportunizado pela hermenêutica, tornará(ia) o resultado eficaz.

⁴⁶⁷ 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. OLLERO, Andres. Interpretación del derecho y positivismo legalista. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, p. 165, 1982.

4 DA TRANSFORMAÇÃO DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO FRENTE AOS MODELOS DE ESTADO

Conforme narrado no decorrer do trabalho, este tópico apresenta/representa não só as reflexões filosóficas fruto do todo o exposto, mas, também, o principal dilema pós-moderno no que diz respeito ao mundo do direito. Compreendidas as estruturas do poder e as pretensões que objetivam o seu limite, necessário se faz analisar as teorias que se apresentam como soluções possíveis de enfrentar essa celeuma que é a legitimidade quando a estruturação da vida em sociedade, em especial no que tange às respostas sociais em uma vivência complexa/ policêntrica.

Nesse contexto, antes de adentrar especificamente no tema relativo aos limites inerentes aos poderes constituídos, em especial no tocante a existência (possibilidade) ou não de discricionariedade/arbitrariedade/ativismo quando da entrega/construção da tutela jurisdicional, necessário se faz compreender o nascedouro e transformações pelas quais passaram os termos hoje conhecidos como Jurisdição e Processo. Nos moldes do já exposto, o objeto de discussão principal da tese em comento reporta-se à legitimidade da efetivação/concretização e/ou construção de novos direitos na decisão judicial, procedimento que evidencia a necessidade da análise das terminologias em comento. Para tanto, restará oportunizado um recorte acadêmico quanto a cronologia histórica da temática a ser abordada, seguindo os mesmos passos já realizados quando dos capítulos anteriores, em que restaram compreendidas as formações estatais a partir do Estado Moderno e no Ocidente, sendo que assim será feito também no tocante ao estudo dos temas aqui descritos, subdivididos, por questões propedêuticas, em Jurisdição no Estado Moderno, Constitucional e Pós-Moderno.

O tema proposto, envolvendo Jurisdição, Democracia e Decisão Policêntrica, enseja a necessária reflexão sobre o direito e sua dinamicidade, em especial neste momento em que a mudança não só é permanente como dificulta ações que tornem/mantendam o direito estático. Nesse contexto, em uma sociedade dinâmica nos moldes da pós-moderna, surge o desafio do enfrentamento de novos anseios sociais com mecanismos que restaram materializados em momentos históricos distantes das realidades fruto de movimentações sociais de diversas matizes, razão pela qual necessário se faz o surgimento de novos atores sociais.

Para tanto, a principal evolução no tocante a matéria em comento compreende um novo olhar (democrático participativo), não só para o processo, mas, em especial, para a jurisdição, expediente que procura explicitar uma abertura descentralizadora (decisão policêntrica) para os debates sociais objetivando perpassar, como já demonstrado no decorrer

deste estudo, os modelos modernos e constitucionais de democracia representativa verticalizada uma vez que baseadas/preocupadas em/com números utilitaristas (pilares de uma igualdade meramente formal, ou seja, desconhece complexidades sociais) e reduzidas à representação centralizada/verticalizada na figura do Estado Legislador/Juiz/Constitucional, configurando uma pretensa homogeneização da vida pautada pelo ideal de uma suposta segurança, esta fruto de um pretenso consenso representativo que, para tanto, procura de forma artificial (abstrativização dos direitos e dos problemas a eles apresentados) reduzir conflitos à racionalidade legal.

Portanto, conforme já descrito em tópico específico desta Tese, o desafio pós-moderno quanto a necessária releitura democrática é proporcionar a hibridização dos sistemas de democracias representativa (forma e procedimento) e substancial (conteúdo e substância) com a participativa (novo espaço para conquista de direitos por novos atores sociais), apresentando a Jurisdição, em especial o objeto do debate processual, como *locus* privilegiado para esse novo elemento de reconfiguração jurídica/democrática. Muito embora a importância desses modelos democráticos, conforme já analisado, eles ainda restam estigmatizados pela centralização de poderes na figura do Estado Legislador/Juiz/Constitucional, construção que pretende ser perpassada pela proposta da Tese na qual, assim espera-se, exurgem novos atores sociais/verdadeiros cidadãos (descentralização/compartilhamento do poder) em busca de novos direitos o que fazem complementando a participação política tradicional (voto), pelo exercício da cidadania na construção jurisdicional compartilhada, fruto de um instrumento processual que (nesse novo quadro) apresenta-se como um importantíssimo *locus* de participação social na esfera jurídica. É com esse mote que o terceiro capítulo objetiva compreender o nascedouro e significado do termo jurisdição e os modelos de sua aplicabilidade no tocante ao processo, momento em que restará discutida a legitimidade, agora não mais do judiciário e/ou dos juízes, mas sim da decisão fruto de um novo contexto democrático/processual, na qual o cidadão possa efetivamente participar, não apenas na qualidade de povo ícone/legitimador, mas, sim, na condição de verdadeiro partícipe social.

Contudo, a dificuldade na implementação desse novo modelo democrático, esbarra na visão arcaica da Ciência Jurídica que, num estado de modernidade tardia, mantém o apego à lei pela prevalência da exegese da regras, ou, ainda, de um apego ao subjetivismo do julgador (filosofia da consciência) o que reduz o direito a operações matemáticas ou subjetivistas, esquecendo-se da velocidade com que novas complexidades restam construídas no contexto social e apresentadas ao Estado pela juridicização da vida, sendo este um importante e inovador movimento de descentralização do poder de decisão que, agora, caminha para o

protagonismo das partes e não mais, como no passado, apenas, única e exclusivamente, dos poderes constituídos. Assim, afim de compreender o direito para além dessa estrutura rígida da atual Ciência do Direito, discutir-se-á a possibilidade/legitimidade da decisão judicial para a absorção das manifestações sociais no contexto do objeto do debate processual, passando ele a ser uma nova ágora (não tradicional/agora descentralizada). Nesse sentido, é necessário rever as antigas bases do processo judicial que ainda o prendem em uma visão rígida (dispositivo) das regras que o permeiam, para um novo aporte do processo como fruto de uma democracia participativa.

Para tanto, importantíssima se faz a hermenêutica filosófica fenomenológica no intuito de superação das discricionariedades e/ou arbitrariedades judiciais em busca de uma reconstrução legítima do direito. Nesse contexto, diante da inércia estatal na resolução de contextos sociais pós-modernos, os novos direitos devem ser reconhecidos como fruto dos princípios e elementos que permeiam os conflitos expostos pelo caso concreto que restam compartilhados pelas partes na construção jurisdicional de uma decisão policêntrica. Para que ocorra o equilíbrio social no bojo político voltado ao ditame democrático participativo, resta premente a necessidade de reflexão e diálogo o que, nesse novo modelo jurisdicional proposto, ocorrerá pelo e no objeto do debate processual.

O estudo pretende, pela compreensão conexa entre Jurisdição, Democracia e Decisão Policêntrica, expor as vicissitudes do senso comum teórico que, conforme restará demonstrado, ainda permeia os modelos processuais moderno e constitucional, pautados na concepção dualista do direito (relação sujeito/objeto), de modo que a pretensa conexão narrada procura possibilitar uma nova visão do Processo Civil, necessária para que se compreenda todo o potencial desse mecanismo jurídico, transitando do *ius facere* à *auctoritas*. Nesse sentido, a proposta processual a ser configurada no presente estudo objetiva reavivar a democracia participativa em tempos de grandes desafios sociais, por ser um momento jurídico relevante para inserção social daqueles que (deslegitimados pela democracia representativa – povo ícone/legitimador – relação sujeito/objeto) não possuem espaços importantes no *logos* político tradicional, momento em que a Jurisdição, pelo processo, passa a ser concebida, também, como um instrumento político/revolucionário⁴⁶⁸, desde que garantida a sua legitimidade democrática participativa pela participação (relação sujeito/sujeito).

⁴⁶⁸ Ver: SATTÀ, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971; SATTÀ, Salvatore. **Soliloquios y coloquios de un jurista**. Buenos Aires: Ediciones Juricias Europa-America, 1971. v. 3.

Para tanto o estudo abordará a jurisdição processual nos Estados Moderno (constituição como carta política) e Constitucional (constituição como instrumento jurídico) para, ao final, buscar compreender os elementos que configuram a reestruturação apresentada pelo modelo proposto com o Estado Pós-Moderno. De início, necessário compreender a jurisdição fomentada no Estado Moderno fruto da teoria contratualista, momento em que o Judiciário resta apresentado como um dos três poderes, ao lado do legislativo e do executivo, período em que essa diferenciação entre os poderes constituídos enrigessia-se a ponto de serem concebidos como separados, restando incomunicáveis quanto a possibilidade de usurpação de competências (governo dos homens – jurisdição subordinada ao parlamento – onipotência do legislador).

Na sequência, com o nascedouro do Estado Constitucional, momento em que a Magna Carta recebe *status* de instrumento jurídico, a jurisdição resta reconfigurada pela reestruturação dos poderes constituídos, criando-se a ideia de freios e contrapesos, momento em que nasce o controle de constitucionalidade, o que é feito no sentido de compreender os poderes como divididos e não mais separados, saindo do governos dos homens e “engatinhando” para uma pretensa realidade de governo das leis. Nesse contexto, muito embora resignificada a função jurisdicional pelo critério de competência ampliada, necessário esclarecer que permanece compreendida como subordinado ao Legislativo, agora na figura do Poder Constituinte Originário/Derivado (governo das leis – jurisdição subordinada a Constituição Federal – Onipotência Constitucional).

O ponto nevrálgico e unificador dos modelos apresentados reside na concretização do poder (*auctoritas*) na figura do Estado (Estado Legislador/Estado Juiz/Constitucional), sistemática pautada na legitimidade democrática representativa verticalizada que no medievo era fruto de um poder metafísico (divindade) e que, agora, resta materializada na legalidade/constitucionalidade fruto da racionalidade pautada em um suposto pacto social em que os representantes exercem (simbolicamente) soberania. Por fim, e não menos importante, a jurisdição será revisitada na concepção do Estado Pós-Moderno no sentido de reconfigurar democraticamente o seu papel (perpassando o *ius dicere* e o *ius facere*), procedimento que propugna um novo olhar processual, momento em que a legitimidade (*auctoritas*), perpassando a ideia de legalidade, sem espancá-la do sistema, resta resignificada uma vez que passa, também, a ser evidenciada na decisão judicial como fruto de um efetivo exercício democrático instituído na jurisdição pelo contraditório e pela ampla defesa, momento em que o protagonismo deve transitar do Estado (de Reativo a Ativo/Responsivo) aos Cidadãos

(Ativos/Responsivos). Agora o fundamento da Decisão Judicial resta legitimado por um modelo democrático participativo horizontal.

Para tanto, conforme restará demonstrado, a convivência entre os poderes constituídos deve ser harmoniosa e pacífica, razão pela qual deixa de ser concebida como uma rígida separação/divisão (Estados Moderno e Constitucional) caminhando em direção de uma releitura constitucional que apresenta um caráter de divisão e compartilhamento (Estado Pós-Moderno), procedimento que permite aos verdadeiros cidadãos serem mais ativos na efetivação/concretização/construção dos anseios sociais.

4.1 Da Jurisdição no Processo Moderno e suas Raízes Epistêmicas

Como reflexo do estudo realizado quando da estruturação do Estado Legislador, restará demonstrado seus efeitos no Processo e na Jurisdição durante o período do Estado Moderno que, pautado pelas fantasias apresentadas na época, compreendiam os conflitos levados aos judiciário de forma dual (sociedade de complexidades reduzidas), ou seja, limitados a uma reprodução do suporte fático contido nas regras, tônica que era aceita no que resta hoje reconhecido com Privativismo Processual (relação sujeito/objeto).

4.1.1 Do Privativismo Processual

Diante do exposto, resta evidente o fato de que as mudanças culturais têm suscitado elementos que demonstram fissuras⁴⁶⁹ importantes na concepção moderna de direito, fazendo com que restem questionados os mecanismos que, na modernidade, se propunham a garantir/proteger o convívio social, principalmente no tocante ao processo civil. Esse novo contexto policêntrico é fruto de um elemento social originado pela garantia constitucional de efetivação de um direito fundamental hoje reconhecido como livre acesso ao judiciário, elemento de configuração democrática responsável por permitir à população um novo espaço para o reconhecimento, tutela e construção de direitos.

⁴⁶⁹ A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de ceder 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. WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 188.

Ovídio Baptista da Silva⁴⁷⁰, tratando do tema, compreende que os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardaram, uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista fruto de uma democracia moderna/representativa. Assim, repensar a jurisdição (policêntrica) para a construção de novos direitos exige um novo olhar democrático (democratização da decisão), perpassando ideologias que advém do racionalismo científico de pseudo imparcialidade que ensejou o modelo processual moderno, desguando nas famigeradas discricionariedades judiciais. Essa sistemática fruto de uma mecanicidade formal/judicial, reduz o pensamento jurídico à uma relação fria/longínqua, transformando a decisão (verticalizada) em um espaço abstrato e distante das realidades sociais eis que fruto de um silogismo construído como cálculos matemáticos, o que é feito em nome de uma pretensa segurança jurídica (formal/procedimental), restando desnaturados os conteúdos substanciais de um direito imerso em uma sociedade em movimento.

Pelo fato de o pensamento jurídico ser muito maior do que supunham os operadores modernos do direito, a certeza resta plasmada como um produto fictício/artificial da racionalidade política e jurídica da época⁴⁷¹. Como reflexo dessa forma de pensar o direito, considerado como o conjunto de regras legisladas, a função jurisdicional resta subsumida na rasa aplicação legislativa pelo juiz, uma vez que as respostas dadas pelos legislador (abstrativizadas) supostamente já apresentam resolução para os casos *sob judice* induzindo o judiciário à escolhas (discricionariedade) das regras a serem aplicadas, uma vez que descontextualizadas.

Importante registrar que, muito embora as fantasias apresentadas pelo Estado Moderno, os conflitos levados ao judiciário não se limitam a uma reprodução do suporte fático contido nas regras, mas, consubstanciam novos fenômenos fruto de uma vivência prática/social que exige um novo processo (dinamicidade) que se responsabilize, também, pela construção contextualizada da norma quando da aplicação das regras ao caso em concreto. Para tanto, os procedimentos herdados dos últimos séculos, carregados de ideologias, já não mais correspondem às necessidades sociais destinadas à uma Jurisdição Democrática (Horizontalizada) que, nos moldes do previsto constitucionalmente, deve ser o

⁴⁷⁰ SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

⁴⁷¹ Pensar jurídicamente es generar un impulso superador de la incertidumbre, remontando las oscilaciones de lo problemático”. GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Derecho e incertidumbre. **Anuario de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 28, p. 100-101, 2012.

elemento de efetivação/constituição de direitos aos/pelos cidadãos⁴⁷². É com esse desiderato que a jurisdição deve ser reestruturada objetivando atender de forma adequada às novas realidades sensíveis da sociedade, necessitando, com esse intento, superar o conceito moderno de processo e, perpassando o conceito constitucional, chegar ao Pós-Moderno, o que só será possível diante de uma renovada dimensão para torná-lo revolucionário.

Para compreender esse sistema legal/reducionista que permeou o Estado Moderno, resta premente analisar a evolução histórica dos termos que fomentaram a estrutura concebida como juiz “boca da lei”, sistema fruto de uma simples *iurisdictio*⁴⁷³, período em que o *ius dicere*, por sua vez, passou a ser concebido como um procedimento que determinava a aplicação da lei como única função jurisdicional,⁴⁷⁴ construção sóciopolítica fruto de um

⁴⁷² Com 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.

⁴⁷² Mas, 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 nestas 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.

⁴⁷³ Se, 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, 1952. p. 14-15.

⁴⁷⁴ A verdade é que ente o século XVII e a primeira metade do século XX, registrou-se na Europa continental não tanto uma esterialização 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 mecanismo 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, a magistratura parecia assumir função de subsistema, que sustenta o

movimento francês oriundo da Codificação Napoleônica. A legitimidade quanto a construção e efetivação dos anseios sociais, para esse sistema, restaria, de antemão, configurada no Poder Legislativo, garantida pelo princípio do legislador onipotente/onipresente, momento em que o Judiciário (pelas amarras legislativas) apenas aplica e não decide uma vez que as decisões já restaram efetivadas pelo Poder Competente quando da edição das leis (respostas dadas), cenário em que o juiz respeita as decisões emitidas pelo órgão legitimado democraticamente para tanto (democracia representativa verticalizada)⁴⁷⁵.

Nesse contexto o Estado Legislativo reduz de forma significativa a função jurisdicional, deixando de soslaio a ideia do *ius facere* que, no medievo configurava a decisão como sendo fruto da experiência dos juízes⁴⁷⁶, procedimento que já na época de Hobbes restou questionado quando da distinção entre a Common Law e a Civil Law⁴⁷⁷, restando, a primeira condenada pelo autor em comento, o que era feito por compreender um sistema que não propiciaria a segurança jurídica. O autor, questionando a experiência dos magistrados como fonte legitimadora da construção jurídica, compreende que o judiciário deveria deixar de ser um órgão livre para constituir-se em um órgão do Estado, procedimento que garante um dos objetivos do pacto social por ele proposto em benefício do Estado Absoluto, qual seja, a

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 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 substância a imagem do juiz bouche de la lei 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.

⁴⁷⁵ Entretanto, a relação entre autor 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 detém 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” (em 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 ‘acrécimo’ e confirmação através da assembleia dos anciãos” O caráter autoritário do “acrécimo” dos anciãos repousa em sua natureza de mero conselho, prescindindo, seja da forma de ordem, seja de coerção externa, para fazer-se escutado. ARENDT, Hannah. **Entre passado e futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 194-195.

⁴⁷⁶ DOMINGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, acción y proceso**. Atelier, 2008. p. 22 e segs.

⁴⁷⁷ A doutrina de Coke predominou até a Revolução Gloriosa de 1688, tendo grande influência nos Estados Unidos, através do *judicial review* e da supremacia do Poder Judiciário. *A partir de 1688, vinga na Inglaterra a supremacia do Parlamento*. Na atualidade é possível dizer que, *stricto sensu*, comparando os diversos sistemas de controle estabelecidos nos diversos países do mundo, não há controle de constitucionalidade na Inglaterra. Como já dito, no *common law* inglês toda regra legal está sujeita a mudança, seja pelos juízes, seja pelo Parlamento, mas, em *ultima ratio*, o que vai valer é a palavra do Parlamento. É assim que funciona o “controle de constitucionalidade” do direito inglês. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 17.

limitação do poder da Igreja e dos Juízes findando assim a *auctoritas* eis que questionada a legitimada que, nesse novo contexto, é oriunda do pacto social (heterotutela) e não mais diretamente dos interessados (autotutela). Assim, nos moldes do que resta perpetuado até o dias atuais, as decisões deixam de ser preocupações do Judiciário e passam à esfera do Legislativo, o que é feito em razão da alteração da função jurisdicional que não mais resta legitimado a criar (*ius facere*) pelo fato de restar questionada a *auctoritas*. Nasce, nesse contexto, a compreensão jurídica de que a legitimidade é fruto da *lex* (Civil Law) e não mais da *práxis* (Common Law), momento em que restam amalgamados os vínculos entre jurisdição e Estado⁴⁷⁸, procedimento que passa a conceber a criação do direito como função única e exclusiva do Estado Legislador, procedimento legitimado por um pacto social realizado em nome da pretensa segurança jurídica, mote apresentado como bandeira nos séculos XVII e XVIII.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ La 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 le 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**, [S.l.], n. 19, p. 3-5 .2007.

⁴⁷⁹ La 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, 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

Como reflexo dessa realidade social fruto do que restou concebido como Estado Moderno, a *auctoritas* passou a ser função legítima do Estado⁴⁸⁰ via pacto social, sistemática esta que resta aprofundada na transição do Estado Absoluto para os Estados Liberais e Sociais, nascendo (neles) o que passou a ser conhecido como democracia representativa, período em que o poder divino é substituído pela razão humana (Revolução Francesa⁴⁸¹),

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 investirne 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: 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*, [S.l.], n. 2, p. 51-55, 2011.

⁴⁸⁰ 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. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. Ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 39.

⁴⁸¹ Toda 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": 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 SolUatllellte 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

permitindo assim a extinção das diferenças existentes entre as expressões direito e lei (*ius e lex*).

Portanto, no afã de centralizar o poder na mão do Soberano (rei), Hobbes questiona a autoridade dos juízes (Common Law), propugnando a construção de um pacto social em que, pela razão humana (e não mais vontade divina) o poder resta unificado no Estado que, legitimado pelo povo (súdito), assenhora-se da garantia de construir e dizer o direito retirando das partes a autonomia resolutiva (autotutela). Agora, o povo resta inerte e dependente do Estado, procedimento que perpetua-se no tempo e espaço em benefício do que resta conhecido como heterotutela, ou seja, apenas um terceiro (O Estado) é que detém competência⁴⁸² para resolução dos conflitos, momento em que a jurisdição transformou-se em um sistema (Estado Moderno) positivo-legalista⁴⁸³, lembrando que Hobbes era um positivista que propunha a limitação do judiciário à aplicação da lei (*ius dicere*⁴⁸⁴), mera subsunção jurídica⁴⁸⁵, sendo ceifado do Juiz⁴⁸⁶ o *ius facere*, o que foi feito em nome da *auctoritas*⁴⁸⁷ do

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 absolutamente faltar. CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1945. t. 1: Historia y Legislaciones. v. 2, p. 43

⁴⁸² [...] 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*. MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. p. 52-53.

⁴⁸³ O 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.

⁴⁸⁴ MERCEDES, García Arán. **La prevención judicial**. Madrid: Tecnos, 1990. p. 51.

⁴⁸⁵ En 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 outro 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**. 1. ed. Madrid: Trotta, 1995. p. 124.

⁴⁸⁶ En 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

Estado Legislador, retirando do juiz a possibilidade de criação do direito e das partes a legitimidade de autotutela, contexto em que a *auctoritas* e o *ius* passam a ser função legislativa, restando às partes a submissão ao Estado e ao Judiciário, este (agora) um poder do Estado com função mecânica (*ius dicere*) limitada pela *lex*⁴⁸⁸.

Diante do exposto, resta claro o recorte jurídico proposto pelo Estado Moderno quando do exercício da jurisdição, momento em que processo resta diminuído à um mecanismo robotizado/abstrativizado em que o Judiciário⁴⁸⁹, despido de legitimidade criativa, apenas replica decisões fruto de um poder competente/onipresente/legítimo (Estado Legislador) sem preocupar-se com as realidades fruto do contexto social em que resta inserido⁴⁹⁰, traduzindo-se em um mecanismo formal/procedimental despreocupado com o conteúdo e/ou substância do

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”. BUJÁN, Antonio Fernández de. **El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica**. [S.l.]. Disponível em: <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Docs/Conferencia%20Dr.pdf>. Acessado em: 07 out. 2018.

⁴⁸⁷ 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 aceptar como una autoridad cualquier poder superior. 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. WILHELMSSEN, Frederick D. La filosofía política de Álvaro D'ors. **Revista de Historia del Derecho Europeo**, Murcia, n. 4, p. 159-160, 1992a.

⁴⁸⁸ Ver: 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.

⁴⁸⁹ Producida la Revolución se intenta, mediante diversas leyes, una transformación radical de la justicia y del proceso. PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 29.

⁴⁹⁰ A 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. 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**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 1: A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade, p. 144.

que produz, tendo com fundamento o pacto social que, a partir dos Estados Liberal e Social, apresenta-se como reflexo de uma democracia representativa verticalizada (Onipotência do Legislador⁴⁹¹).

É nesse contexto que o Estado Liberal, dando sequência ao modelo contratualista de concentração de poder neste ente fictício/personificado, compreende a democracia representativa como uma importante ferramenta de transição do poder, da realeza ao parlamento. Contudo, muito embora a mudança nos responsáveis pela configuração do pacto (representantes da burguesia e não mais o rei⁴⁹²), transitando da ideia de soberno (poder pessoal) para a ideia de soberania (poder “impessoal”), mantém-se a estruturação político/jurídica de legitimidade do Estado (Legislador) como fonte única de poder criativo do direito e, inobstante o fato de (agora) existir uma suposta tripartição de poderes (Executivo, Legislativo e Federativo), o judiciário continua sendo refém do legislor, este não mais o rei, mas, agora, o parlamento. Nesse contexto, muito embora a ideia de que o processo deveria ser, em termos de segurança, um mecanismo imparcial/neutro⁴⁹³, importante compreender que, para Locke, os membros do poder federativo deveriam ser escolhidos pelo parlamento⁴⁹⁴.

É nesse contexto que nascem os expedientes processuais, regras que, em nome de uma suposta neutralidade, passam a conduzir as contendas apresentadas ao Estado Juiz com o intuito de que este realize necessária Entrega Estatal da Tutela Jurisdicional. Trata-se de uma sistemática pautada em uma relação sujeito/objeto, na qual a figura de um juiz esclarecido, incorruptível é responsável pela configuração de um estereótipo irretocável, no qual as partes,

⁴⁹¹ En Francia también tiene lugar la recepción del derecho común (particularmente en la zona meridional), pero por obra de los Parlamentos, especialmente el de París, se desenvuelve un tipo especial de proceso que si bien reconoce bases romano-canónicas, con influencia de elementos consuetudinarios germánicos, ofrece características que lo diferencian del proceso vigente en el resto de Europa. Las costumbres judiciales de los Parlamentos, que son recogidas y sistematizadas por la doctrina, constituyen el punto de partida de la intensa actividad legislativa llevada posteriormente a cabo por las Ordenanzas reales referentes a la administración de justicia, como las de 1539 (Villers-Cotterêts), 1566 (Moulins), 1579 (Blois). que culminan con la famosa Ordo/manee civile de Luis XIV (1667) y las que luego dicta Luis XV en 1737 y 1738. PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 29.

⁴⁹² Ahora bien, este hecho me parece de una importancia capital, que naturalmente escapa a aquellos que quieram matar a través del proceso; y la importancia está en esto, en que el proceso es un momento esencialmente y por definición antirrevolucionario, es un momento eterno del espíritu, y quien hace la revolución no puede quererlo sin negarse, de algún modo, a si mismo. Danton, quizá, lo sentía y lo expresaba en términos brutales, cuando, en el proceso del rey, para arrastar a los que dudaban, a los no revolucionarios, y uncirlos al carro sangriento de la revolución, gritaba desde la tribuna: nosotros no queremos juzgar al rey, queremos matarlo. SATTA, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. p. 7.

⁴⁹³ De donde resulta que el proceso se plantea con una total autonomía suya, frente a la ley y al mandato, una autonomía en la cual y para la cual el mandato, como acto arbitrario de imperio, se disuelve, e imponiéndose tanto al mandato, como a aquel que ha formulado el mandato encuentra, fuera de todo contenido revolucionario, su “momento eterno”. SATTA, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. p. 6.

⁴⁹⁴ SATTA, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. p. 11-12.

ceifadas de protagonismos, depositam suas esperanças quanto a pretensa solução de seus conflitos, estigma que ainda permeia, em muitos casos, o senso comum teórico, em especial o brasileiro⁴⁹⁵. Conforme restará demonstrado, em momento oportuno, restam configurados os primeiros passos para a racionalização burocrática/abstrativizada de um mecanismo preocupado (tão somente) com forma e procedimento, fato este que desvela as primeiras fisuras entre o mundo real e o ideal, estando o processo (em seu nascedouro) mais próximo deste do que, efetivamente, daquele⁴⁹⁶.

Importante, em termos de contextualização, compreender que nessa época, transição do direito positivado ao codificado e deste ao ordenado, as constituições não passam de mera carta política⁴⁹⁷, preocupadas única e exclusivamente com a estruturação dos procedimentos de hegemonia de poder deixando de tratar, como restará materializado no período pós-segunda guerra, da garantia dos direitos (fundamentais) aos cidadãos, momento em que o processo⁴⁹⁸ apresenta-se apenas, e tão somente, como mecanismo de legitimação dos atos

⁴⁹⁵ [...] processus est actus trium personarum, actoris, reu, iudicis. Esta definición, a la cual como es sabido se reconduce la doctrina de la denominada relación jurídica procesal, pone de relieve el carácter de la lucha, el carácter verdaderamente dramático que es intrínseco al proceso. Son tres personas que luchan la una contra la otra, el actor contra el demandado, el acusador contra el acusado, todos contra el juez, porque cada uno quiere plegarlo a su razón o, si queremos ser más optimistas, cada uno quiere que sea aquel juez sapiente, incorrupto, incorruptible que Anatole France decía haber conocido pero sólo pintado. Sobre la lucha estes personajes, y para regular la lucha, surgen las leyes procesales, el código de procedimiento. Nada – digamos la verdad es más enojoso que estos códigos, para quen los lea sin el ojo del historiador del filósofo: una serie de normas reglamentarias que obstaculizan la acción más de lo que puedan asistirle en su desarrollo. Pero cada una de estas normas fija una secular experiencia, toda la experiencia de esta pobre humanidad que ha confiado al juicio sus suertes y que se estremece frente a la inmanente potencia de este juicio. Se diría casi que todo el esfuerzo de los hombres, con estas leyes del proceso, con la institución misma del proceso, se dirija a la absurda esperanza de objetivizar, de despersonalizar el juicio, de reducir al juez a un puro trámite humano de una verdad que está fuera y sobre él. A estas leyes, a estos códigos, a esta secular experiencia se dirige nuestro pensamiento cuando pensamos en el proceso. SATTI, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 15.

⁴⁹⁶ Toda a história do processo, desde as formulas del derecho romano a las posiciones del derecho común, desde los estatutos italianos a las coutumes francesas, hasta llegar a las codificaciones, constituye sustancialmente la historia de las transformaciones de la práctica judicial en derecho procesal; de la practica fori y del stylus Curiae ha brotado poco a poco un sistema arquitectónico de reglas formales que, si bien han perdido toda conexión aparente con los motivos de conveniencia técnica que les dieron origen, no dejan por ello de constituir la traducción de las experiencias recogidas en fórmulas jurídicas por la razón común; basta pensar en la manera cómo en el derecho intermedio ha nacido el sistema de la prueba legal, con sus minuciosas tarifas de valoración probatoria, para comprender cómo desde entonces ya se había iniciado en proceso esta evolución gradual de lo que podemos calificar como pragmatismo al racionalismo judicial. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 36-37.

⁴⁹⁷ A partir de la Constitución de 1812 se sancionan en España diversos ordenamientos procesales destinados a sustituir a las antiguas leyes. La codificación íntegra se concreta recién con la sanción de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que fue posteriormente sustituida por la ley del mismo nombre de 1881. El sistema de ambos ordenamientos respondió, en lo esencial, al del proceso común, y se mantuvo por consiguiente fiel a una tradición de la que pudo sustraerse la restante legislación procesal europea. PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 30.

⁴⁹⁸ Kelsen acepta como un dato previo e indiscutible la legitimidad del sistema democrático y los valores subyacentes al constitucionalismo moderno. De lo que se tratará, por lo tanto, no es de procurar la defensa ideológica de la idea liberal de Constitución, sino de lograr su realización efectiva y concreta. Esto significa que, en primer momento del constitucionalismo moderno, lo que se propicia es una defensa de la legalidad

perpetrados pelos legitimados democráticos (democracia representativa⁴⁹⁹), portanto, um privilégio para poucos e voltado a discutir necessidades individualizadas de uma determinada classe⁵⁰⁰.

O Estado Social proposto por Rousseau, muito embora tenha viabilizado, na época, uma necessária ampliação dos partícipes democráticos, legitimando (pelo voto) a inserção social dos proletários no jogo político, ainda mantinha afastados as mulheres e os escravos. Assim, mesmo diante da pretensa vontade geral⁵⁰¹ apresentada pelo autor, a “garantía” de que todos deveriam ser, ao mesmo tempo, soberano e vassálos⁵⁰² não restava materializada⁵⁰³, mais do que isto, a democracia permanecia (formal/procedimental) atrelada a ideia de voto de forma a legitimar a concentração de poder na figura do Estado. Assim, inobstante as

constitucional liberal con médios políticos, lo que se va suscitar ahora es una defensa de los valores políticos, que se admitem como evidentes, por médios y mecanismos jurídicos. SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, S.A., 1983. p. 18.

⁴⁹⁹ [...] a promessa de uma democracia política, verdadeiramente representativa, sob o ponto de vista político, foi, como tantas outras promessas feitas pela filosofia liberal, inteiramente traída na experiência contemporânea. A representação dos interesses que é verdadeiramente o que hoje se pratica, sob a proteção idealizada democracia representativa, é, como afirma o filósofo, a antítese da representação política: “A democracia moderna, nascida como democracia representativa em contraposição à democracia dos antigos, deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito ao mandato vinculado [...] O princípio sobre o qual se funda a representação dos interesses [...]”. SILVA, Ovídio A. Baptista da.

Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 204.

⁵⁰⁰ A formação de grandes corporações econômicas, industriais e de trabalhadores, cada vez mais presente na cena política fez com que o Estado fosse reduzido ao papel de mero intermediário, ou simples agente de acomodação e transigência entre os inúmeros interesses parciais contrapostos, com a natural consequência de se haverem tornando as grandes decisões políticas o fruto de pactos e conciliabulos entre grupos de pressão, a que o Estado apenas preside e legitima. SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.).

Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 106.

⁵⁰¹ A partir dessa incapacidade demonstrada pelos regimes democráticos para a formação da sonhada “vontade geral” e da persistência das oligarquias e de seus interesses, que a prática política tornaram transparentes e inocultáveis, é que a crise de legitimidade do sistema representativo mais se exacerba e torna-se visível. SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 108.

⁵⁰² Quer dizer, a promessa fundamental em que se baseava o modelo rousseauiano – para o qual a preservação da liberdade política dos cidadãos decorria de sua sujeição apenas às leis por ele próprios aprovadas e consentidas – perdeu-se ao contato com a realidade histórica. SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 106-107.

⁵⁰³ Assim, os homens se organizam, não simplesmente se ajuntam. E se organizam para que haja um mais racional, por conseguinte melhor, atendimento de suas necessidades (aspecto positivo). A organização, entretanto, hierarquiza homens e interesses, institucionalizando a desigualdade (aspecto negativo), o que reclama coordenação e submissão de vontades: e isso é o poder político [...] Vê-se, pois, que a própria condição humana impõe a sociabilidade, a qual, por seu turno, exige a organização, onde se faz presente, de modo necessário, o fenômeno do poder político [...] Pensar o homem sem pensar a sociedade é um contrasenso; pensar a sociedade sem pensar a organização, um despropósito, pensar a organização sem pensar o poder, um despautério. PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 85.

contribuições apresentadas no Estado Social, mantendo-se a centralização do poder na figura estatal, o processo permaneceu uma condição de ferramenta institucional (centralizado) dogmatizado⁵⁰⁴, razão pela qual o cidadão continuou afastado (na defensiva), distante da necessária garantia de efetivação dos direitos supostamente conquistados pelos indivíduos, uma vez que a cidadania, ainda, permanecia compreendida tão somente como alistamento eleitoral, sem a necessária abertura de novos espaços (em especial o processo) para o seu exercício, permanecendo vivo o ideal de uma jurisdição privativa/individualista^{505 506}, sendo (ainda) apresentada como um mecanismo de defesa e não como uma ferramenta de efetivação e/ou concretização/construção de direitos⁵⁰⁷.

Esse mecanismo processual, engendrado no seio do Estado Moderno, é fruto de uma estruturação sociopolítica narrada no decorrer do presente estudo em que, pela centralização do poder na figura do Estado, aos partícipes sociais (pela democracia representativa) restam ceifadas as possibilidades de influenciar no jogo político, servindo o processo única e exclusivamente para solução de contendas individualizadas, mecanismos que, diante do evoluir social e suas complexidades, passa a apresentar um descompasso com a realidade

⁵⁰⁴ Estas 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 realidade jurídicas contingentes, fica, conseqüentemente, vedado ao pensamento dogmático. SILVA, Ovídio A. Batista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 307.

⁵⁰⁵ Devemos, então, tratar da crise do Direito que, em verdade, é antes de tudo crise do processo, com olhos verdadeiramente críticos e realistas, sem perder de vista, no entanto, a premissa de que os fatores que a provocam e sustentam, encontram-se fora de seu domínio; ou decorrem de um descompasso entre as concepções jurídicas ainda dominantes no mundo moderno, embora concebidas para servir a sociedades menos complexas, e a estrutura, as exigências e as aspirações das novas organizações sociais extremamente complexas da sociedade pós-industrial. No fundo, não seria o direito processual, como técnica de tratamento de conflitos social, que estaria submerso em crise irremediável, e sim a forma tradicional de processo civil, ainda muito ligada e dependente de conceitos e princípios herdados do Direito Romano. SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 99-100.

⁵⁰⁶ A partir de la segunda mitad del siglo XIX, el apogeo de la libertad individual es absoluto, y llega hasta al proceso en sus formas máximas de expresión [...] Se podría reducir la fórmula de todo el derecho procesal individualista y liberal, a los siguientes conceptos: el juicio es una relación de derecho privado, en la cual la voluntad de los particulares se sirve del Estado como instrumento de discernimiento de la justicia y de coacción para cumplir el fallo, si es necesario. COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1963. t. 1, p. 309.

⁵⁰⁷ Na criticada visão estritamente jurídica do fenômeno político que é jurisdição, os estudiosos do processo conformam-se inicialmente com afirmações extremamente individualistas, ligadas ao sincretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Dizia-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos, naquela visão pandectista que colocava a ação como centro do sistema e a descrevia como o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentabilidade do processo**. 14. ed., rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 180.

vivenciada pelos partícipes sociais (cidadãos – sujeitos de direito) que, ao depararem-se com uma jurisdição mecanicista, restam frustrados em suas aspirações⁵⁰⁸.

A concepção do direito como uma mecânica (formal) que desaguará na concepção de cientificidade⁵⁰⁹ (procedimental) a ser apresentada por Kelsen⁵¹⁰ acabará, cada vez mais, afastando o processo e, como consequência, a jurisdição da *polis* e dos anseios sociais que a constituem, fatores que passam gerar questionamentos quanto a legitimidade⁵¹¹ democrática, não formal, mas, substancial, no tocante aos resultados (engessados) apresentados por um judiciário que, castrado pela separação dos poderes, torna-se cada vez mais distante das

⁵⁰⁸ As matrizes e fontes geradoras dessa situação de angústia e insatisfação geral para com os instrumentos de que dispõe o direito processual civil e o desencanto, cada vez mais visível, com as soluções que ele pode oferecer, haverão de ser buscadas em estratos mais profundos de nossa organização social e política [...] A quem examina, no entanto, as origens do mundo moderno, a partir de suas raízes renascentistas, não será difícil encontrar, na resultante histórica das múltiplas influências que produziram o homem ocidental contemporâneo, a explicação para a atitude de insatisfação e de descrença no Direito, como instrumento de solução dos conflitos sociais; e nem será difícil surpreender as causas para o descompasso entre as aspirações e exigências morais do homem moderno e as relativamente pobres que o direito judiciário tradicional poderá oferecer-lhe [...] Não será, portanto, de estranhar que a destruição da Idade Média e a formação dos grandes Estados Modernos tenha coincidido com a expansão do Direito Romano em toda Europa. E igualmente não é de admirar que as doutrinas que o têm sustentado hajam habilmente separando o direito da política, de tal modo que a função do jurista ficasse limitada apenas à exegese do direito estatal, cuja produção não lhe compete e sim aos políticos. SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 100;101 e 109.

⁵⁰⁹ O estudo do Direito por metodologias de uma ciência jurídica normativista é que vem causando, no rolar dos séculos, maior obscurantismo e dificuldades à compreensão da teoria jurídica da democracia. Aliás, Feyerabend, ao escrever pioneiramente contra os metodologismos da anti-ciência (ciência arcaica) em debate por anos a fio com Lakatos, iniciou uma vigorosa denúncia contra a maior das ditaduras atuais, a tirania científica. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. P. 142-143.

⁵¹⁰ [...] num esforço contínuo de secularização (dessacralização) do saber atualmente assumido pelo discurso do direito parlamentar-legislado que, com Kelsen, se completou com o reforço da afirmação da legalidade positivada como fonte de poder normativo de uma justiça temporal imperativa e encampadora dos estiques dissimuladores da eticidade da tradição [...] A apropriação desses conteúdos pela razão prescritiva (razão natural, subjetiva, objetiva, histórica), transplantados para o discurso das legislações do Estado Laico, de modo incluso, ambíguo, polissêmico, dissimulado, anômico e antinômico, é que caracteriza a modernidade não resolvida e exposta a choques de valores (dogmas) que, em face da desintegração social provocada, assumem nomes de violência social, exclusão, marginalidade, fome, miserabilização, terrorismo, criminalidade acentuada. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 34.

⁵¹¹ Su principal objetivo es brindar una fundamentación racional crítica de los contenidos normativos y otorgar legitimidad al ordenamiento jurídico procesal. Para ello ha de contar con sólidas bases axiológicas y nomoárquicas. Desde la perspectiva rossiana, los temas de la filosofía del derecho procesal serán: la teoría del derecho, se delimitan las bases del derecho procesal al ser estudiado tal cual es y busca la naturaleza del derecho procesal y su ordenamiento jurídico; la teoría del conocimiento jurídico, indaga por los elementos esenciales para abarcar la complejidad del objeto del derecho procesal, sentando su metodología y finalidad; y la teoría de la justicia, en la cual se estudian los institutos procesales a partir de su carga axiológica, teniendo como presupuesto la existencia de un derecho justo [...] La pretensión de esta temática de la filosofía del derecho procesal consiste en aprehender y comprender la naturaleza de la norma procesal. Como todo derecho se manifiesta principalmente a través de normas positivas, resulta atinado partir del estudio de sus caracteres estructurales. Este análisis iusfilosófico permitirá distinguir normas sustantivas y procedimentales y sentará las bases para la conformación de la principalística procesal. RESTREPO, Sebastián Betancourt. **Filosofía del derecho processal: teoría general del proceso**. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad del Derecho. 2008. p. 10-11.

realidades vividas⁵¹². Assim, o ideal de racionalização do poder pela Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado⁵¹³, em que o Juiz restava apresentado como um ser impoluto⁵¹⁴, fruto de uma suposta imparcialidade e neutralidade, gera questionamentos quanto a eficácia dos resultados “entregues/dados” uma vez que, em uma sociedade complexa, as necessidades restam ampliadas, momento em que novas demandas exigem novos atores sociais, razão pela qual os ritos e procedimentos processuais, por si só, já não mais dão conta de resolver as necessidades fruto de um novo momento de complexidades diversas das encontrados no Estado Moderno⁵¹⁵. Nesse contexto, a concepção de processo, fruto dos mecanismos liberais/sociais do século XIX, baseado na estruturação privatística dos interesses apresentados ao Estado para uma resposta pronta (abstrativizada) já não, mais, satisfaz as

⁵¹² A instituição constitucionalizada do Estado democrático de direito põe-se em construção continuada pela comunidade jurídica, uma vez que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante pelo devido processo constitucional que é o recinto de fixação jurídico-principlológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivarem processualmente no mundo vivente LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 31.

⁵¹³ É assim que as velhas estruturas de classe transformam-se em formas da diferenciação. Na sociedade moderna, as estruturas de classe tomam-se formas da especificação funcional, livres de condicionamentos externos, naturais, mas de qualquer modo, capazes de construir externalizações, isto é, autolimitações. O direito da sociedade moderna livra-se desses condicionamentos, isto é, da natureza, da razão, dos estamentos, das classes e, como direito positivo, funda-se sobre si mesmo, toma-se o resultado de si próprio e estabiliza-se como aquisição evolutiva desta sociedade. O que é necessário no direito moderno é apenas a sua contingência, ou seja, a referência a si mesmo, o seu fechamento operativo, a sua cegueira no plano das operações como condição de sua visão. Por isso o direito não se coloca mais o problema da justiça e nem mesmo o problema da distribuição. Ele não se funda nos princípios, mas os constrói. Como resultado de diferenciação, o direito deve reproduzir a sua diferença. Por isto, o problema do direito não são os princípios, que são construídos a partir de sua própria aplicação, mas sim as diferenças que o direito produz e com base nas quais se reproduz como direito. DE GIORGI, Raffaele. *Direito e modernidade*. **Seqüência**, Florianópolis, ano 19, n. 35, p. 3, dez. 1997.

⁵¹⁴ La causa por la cual este movimiento de “racionalización” del poder se inicio en el poder jurisdiccional antes que en los otros poderes del Estado, se explica fácilmente. Como ha sido revelado con frecuencia, la justicia de los hombres tiene necesidad, para realizar su función clarificadora y pacificadora, no sólo de ser, sino de parecer, justa. Los justiciables, para inclinarse sin rebeldía ante la terrible omnipotencia de la justicia, deben resignarse a creer que el juez es un ser casi divino, distinto de los otros hombres, y provisto de virtudes sobrenaturales que no admiten revisión humana [...] A esto se debe el misterio casi religioso que circunda la resolución de los jueces en las épocas primitivas, cuando se sientan en lo alto, sobre sus tronos, y sus voces descienden desde lejos (como la voz de la Sibila invisible que repercutía en las galerías de la caverna); también de esta situación proviene el carácter casi litúrgico o espectacular del rito procesal, del que quedan vestigios actualmente en algunas ceremonias solemnes, y en ciertas manifestaciones anticuadas, tales como la peluca o la toga, y en algunas arquitecturas teatrales o casi eclesiásticas de ciertas aulas judiciales. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 37.

⁵¹⁵ Por volta da metade do século passado a idéia de modernidade começa a ser pensada não mais em oposição à antigüidade, mas em oposição à eternidade. Moderno é transitório, é fugaz, sempre diverso, em suma, contingente. Essa percepção, que se desenvolve na estética e que se estende ate a política, permite historicizar o tempo por meio da tematização do presente, que assim se toma um paradoxal substituto funcional da eternidade. Essa percepção destitui de fundamento a filosofia da história que constituía o mito do iluminismo e em relação ao qual permanece a dúvida se era mito ou se era iluminismo. A idéia de razão custa a sobreviver e, para conservar-se, justifica também sua negação - o irracionalismo -, como peculiaridade do sujeito. Este sujeito, assim, é cada vez menos transcendental e cada vez mais singular, até mesmo na sua justificada irracionalidade. DE GIORGI, Raffaele. *Direito e modernidade*. **Seqüência**, Florianópolis, ano 19, n. 35, p. 1, dez. 1997.

necessidades de um cenário social⁵¹⁶ diverso (século XX), fato que propiciará a transição para um novo modelo em que o judiciário, procurando responder aos questionamentos⁵¹⁷ efervescentes de uma realidade, até então, distante, acaba por reconfigurar a ideia de jurisdição.

Esse nefasto quadro de formalismo e desapego ao caso em concreto, fruto do distanciamento das realidades sociais⁵¹⁸, restou respaldado pelo princípio privatístico oriundo do século XIX, período em que, a título de exemplo, o juiz (neutro/imparcial) não poderia conhecer informações que não fossem alegadas pelas partes, sendo vedado, nos autos, a constatação de fatos notórios e/ou produção de provas *ex officio*. O Estado, preocupado apenas com a suposta segurança e paz social, permitia o triunfo dos particulares (interesse privado) sobre a coletividade (interesse público) em nome das formalidades^{519, 520}. Nesse contexto, os elementos

⁵¹⁶ El acuerdo de partes o transacción es, dentro de esta concepción individualista, el subrogado contractual de la sentencia. Las partes se dan por convenio (Pacta sunt servanda) una forma equivalente a la que el juez les habría dado mediante sentencia [...] Todo, como se ve, se mueve en el orden privado. El Estado se preocupa de que las garantías procesales se respeten y se cumplan, sin una inquietud muy profunda por el resultado mismo de la justicia [...] Como en el duelo, una vez observadas las formas, bien vence el que vence. COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1963. t. 1, p. 309-310.

⁵¹⁷ Es necesario, frente a la quiebra de un sistema que se derrumba, construir todo un nuevo derecho procesal. La crisis del derecho individualista ya es evidente. Ante esa evidencia hoy está de moda hablar mal de él. Efectivamente, se puede hablar mal de ese sistema a cubierto de riesgos y con mucha facilidad. Sin embargo, había en el individualismo algo noble y superior. Si tuviera que expresarlo con muy pocas palabras, diría que al individualismo le queda como símbolo de grandeza y de angustia, el famoso título dramático: Por ser con todos leal, ser para todos traidor". El individualismo que, como enseña Vaz Ferreira, no fué nunca un dogma ni una teoría, sino una mera abstracción, un esquema verbal, un modo de querer y de pensar, quiso dar un derecho igual para todos, y no reparó que en la vida no todos eran iguales. Hoy estamos frente a la ansiedad del hombre presente que siente la crisis de la justicia [...] Todavía hay algo fundamental que contemplar, y que esos derechos procesales de excepción no pueden satisfacer [...] Cuando un hombre honrado litiga contra un pillo, no hay igualdad ante la ley. A éste le están permitidas todas las armas de lucha; a aquél sólo las inofensivas. Se me dirá que esto es tan antiguo como el mundo y que la Escritura decía: "Si alguien te pone pleito para quitarte tu manto, entrégaselo" [...] Pero esto es virtud y no justicia. Al hombre sediento de justicia hay que darle una respuesta. Trataremos de darla en la clase de mañana. COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1963. t. 1, p. 325.

⁵¹⁸ [...] La distancia entre la generalidade de la ley y la situación jurídica concreta que plantea cada caso particular es esencialmente insuperable. Al parecer ni siquiera bastaría con pesar, em um dogmática ideal, que la fuerza productora de derecho inherente al caso particular está preterdeterminada logicamente, en el sentido de que cabría imaginar una dogmática que cuntuviese al menos en potencia todas las verdades jurídicas en un sistema coherente. La sola "idea" de tal dogmática completa parece absurda, y eso sin tener en cuenta de que hecho la capacidad creadora de derecho de cada caso está constantemente preparando la base a nuevas codificaciones. GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Trad. Ana Agud Apiricio y Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca: Sígueme, 1991, v. 1. p. 613,

⁵¹⁹ MONCADA, L. Cabral. O processo perante a filosofia do direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 1, p. 62-64, 1961.

⁵²⁰ La ideología liberal-individualista, de la conservación, concibe al proceso como un ámbito en que se manifiesta y prevalece la autonomía de la voluntad y la libertad irrestricta de las partes, que tienen a su disposición todos los instrumentos procesales para desarrollar una competencia en la que se discuten cuestiones de su exclusivo interés, ante la cual el juez no puede pasar de ser un simple espectador –verdadero "convidado de piedra"– que se limita a asegurar la corrección del trámite y arbitrar el conflicto dándole la razón al vencedor. En el diseño técnico, por consecuencia, prevalece la forma escrituraria y la fragmentación

coadjuvantes e a pretensão são apresentados pelas partes, estabelecendo um rígido sistema de cargas onde o juiz é o paradigma da abstração, pois só conhece daquilo que lhe foi propiciado nos autos. A sentença deve responder a certas características como a congruência não sendo, nela, permitido nenhum elemento exógeno, sendo apenas o reflexo formal/procedimental da racionalidade matemática de um Estado-Legislador.⁵²¹

A concepção liberal do processo civil, próprio do século XIX, tinha como base a natureza privada dos interesses, o que levava a um processo onde as partes eram “donas” e o juiz pouco poderia fazer, não havendo que se falar em repartição de faculdades entre juiz e partes. Esse processo é o reflexo de uma concepção liberal de economia, marcado pela liberdade contratual e a proteção forte do direito de propriedade, de modo que o processo civil era uma “possibilidade” de proteção ao direito, em termos de oportunidade, para o cidadão se socorrer nas garantias apresentadas pelo Estado. O apego exacerbado a forma e ao procedimento, eram reflexos da atitude liberal do século XIX, com ênfase na responsabilidade individual dos cidadãos, considerando estes como homens razoáveis que litigavam em posição de igualdade. Assim, o Estado Liberal torna-se um Estado de direito, pois o direito passa a ser dotado de linguagem regulada e especializada para falar da liberdade, concebida como império da igualdade. A razão dos juristas (pautada na vontade dos detentores da soberania), justificando a supremacia do saber jurídico, respaldada pela vontade política no plano de criação do direito e traduzindo-se uma ideia de que a lei não seria o produto da vontade geral, mas da vontade do Estado (formado por determinada casta) como portador do interesse “público”, pois o Estado estaria erigido sobre um princípio de racionalização do interesse coletivo. Os juristas comandavam o direito pela representação, ao lado das elites burocráticas.⁵²²

Em que pese o fato de, na época, o direito penal ser agraciado com um suposto interesse público, no processo civil existia apenas o interesse privado e individual das partes⁵²³, procedimento que limitava o juiz no tocante a impulsão e/ou apreciação dos meios de prova, devendo restar negado o direito a quem não era o seu titular, mesmo que a temática

del procedimiento. BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. **REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, p. 479maio/ago. 2017.

⁵²¹ CHAUMET, Mario E.; MENICOCCHI, Alejandro A. El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna. **Investigacion y Docencia**, [S.l.], v. 23, p. 56, 1994.

⁵²² HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 364-368.

⁵²³ Todo, como se ve, se mueve en el orden privado. El Estado se preocupa de que las garantías procesales se respeten y se cumplan, sin una inquietud muy profunda por el resultado mismo de la justicia. Como en el duelo, una vez observadas las formas, bien vence el que vence. COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1963. t. 1, p. 309-310.

implicasse em questões de interesse coletivo, pois era algo que não importava ao Estado, ao Juiz ou à sociedade.⁵²⁴ A insuficiência do sistema restou evidenciada pelos numerosos regimes de exceção frente ao direito processual individualista.⁵²⁵ O desenho dos procedimentos, aqui, particularmente, do processo civil, é sensível às variações particulares da ideologia imperante, havendo um impacto direto no que toca ao poder das partes para dirigir o curso do juízo.⁵²⁶ Objetivando modificar o expediente narrado é que nasce o ideal do Estado Constitucional em que, muito embora perpassa o mecanismo formal/procedimental em busca da necessária preocupação substancial, quanto ao conteúdo objeto da discussão processual, ainda peca pelos mesmos vícios de centralização de um poder oriundo de uma democracia representativa verticalizada, conforme restará demonstrado no tópico que segue.

4.2 Da Jurisdição no Processo Constitucional e seus “Ismos” Processuais

O Estado Constitucional, nos moldes do abordado quando do estudo realizado na presente Tese, oportunizou uma nova configuração jurisdicional, momento em que o Processual Civil, abandonando o *ius privatum* desloca-se para o *ius publicum* (Estado Ativo Responsivo), contudo, muito embora a significativa contribuição, conforme restará demonstrado, saiu do extremo do privatismo para descortinar um outro extremo, o publicismo.

4.2.1 Do Socialismo e do Publicismo Processual

Nos moldes do descrito no tópico anterior, neste restará demonstrada a importância das conquistas constitucionais objetivando desvincular a natureza privada do direito e do

⁵²⁴ Se creyó que como débiles y poderosos, ricos y pobres, tienen libertad para demandar o defenderse de las demandas, para ejercitar o no las facultades y derechos procesales, para cumplir las cargas procesales y especialmente la de probar y evitarse las consecuencias desfavorable y de su omisión, para discutir las pruebas de la contraparte, etc., el juez debía limitarse a reconocer quién había triunfado en la lucha procesal y a declarar en consecuencia el derecho pretendido o la excepción opuesta, tal como el juez de una pelea de boxeo declara vencedor a quien quedó en pie junto al cuerpo desfallecido del contrincante. El juez apenas dirige y controla la legalidad de la lucha procesal y declara lo que de ella resulta. De esta manera, el que debiera negarse el derecho a quien lo tenía y otorgarse a quien no era su titular porque hubiera faltado una prueba que podría obtenerse oficiosamente, era algo que no debía importarle al Estado ni a la sociedad, ni al juez como su representante. Y mucho menos debían preocuparse estos porque la parte pobre y débil estuviera en circunstancias muy desiguales y desfavorables para su defensa, cuando se viera enfrentada en un proceso a otra parte rica y poderosa. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Liberalización y socialización del proceso civil*. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL, 5., México, 1971. *Anais...* México, 1971. p. 44.

⁵²⁵ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1963. t. 1, p. 323-324.

⁵²⁶ DAMASKA, 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.

processo, o que deve ser configurado pela proposta de publicização do processo civil, sendo este um mecanismo que, como descrito, inicialmente servia apenas de voz para emanção da autoridade do Estado, sistemática formal/procedimental com contornos científicos que restava despreocupada com o direito material.⁵²⁷⁻⁵²⁸ Nesse contexto, a ciência processual, conforme descrito, inicia vinculada ao direito privado e, aos poucos vai alcançando autonomia. Como impulsor do direito processual, Bülow⁵²⁹ foi responsável por transplantar a ideia de *relação jurídica* proveniente do Direito privado para o direito processual, criando assim um novo tipo de relação ao lado da relação jurídica, a *relação processual*. Na sequência, autores como Kohler, Hellwig e Wach⁵³⁰ explanam e ampliam essa que seria uma primeira perspectiva de quebra, desde a unidade do Direito Romano, das relações entre Direito e Processo, cuja fissura resta ampliada a ponto de caminhar em direção de uma Ciência própria e autônoma, despreocupada com eventuais consequências.⁵³¹ Adof Wach⁵³² surge como um

⁵²⁷ Sin embargo, en sus ansias por redescubrir el valor del proceso y por dar contornos científicos al derecho procesal civil, acabó excediendo su misión. La intención de depurar el proceso civil de su contaminación por el derecho sustancial, a él impuesta por la tradición jurídica del siglo XIX, llevó a la doctrina chiovendana a erigir las bases de un derecho procesal civil completamente despreocupado por el derecho material, alrededor del concepto de “acción” abstracto como polo metodológico y que tendría relación sólo con el derecho procesal, definiéndose a partir de criterios únicamente procesales y así, incapaces de dar significado a la prestación jurisdiccional. El fruto más obvio de esta Escuela Sistemática fue la pretensión de uniformización del procedimiento. El pecado de la Escuela Sistemática fue negar la realidad para cultivar una pseudociencia. El hecho que el proceso civil es autónomo en relación al derecho material, no significa que él pueda ser neutro o indiferente a las distintas situaciones de derecho sustancial. Autonomía no es sinónimo de neutralidad o indiferencia, con realidad social y con el papel que el sistema de administración de justicia, Sistema de Tutela Jurisdiccional, desempeña en la sociedad. BENAVENTE, Omar Sumaria. La Sociedad de la Decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal PUC-P**, Perú, v. 4, n. 1, p. 4, 2010.

⁵²⁸ Tanto a doutrina da jurisdição como declaração da vontade concreta da lei quanto aquela da justa composição da lide partem do pressuposto de que a norma jurídica é algo *totalmente anterior* à atividade de interpretação. Vale dizer: partem do pressuposto de que o legislador outorga não só o *texto*, mas também a *norma* ao legislar. A interpretação constituiria, portanto, uma atividade que visaria simplesmente a *conhecer* o significado intrínseco do texto legal, *declarando-o* para solução de determinado caso. [...] No contexto teórico do positivismo clássico, imaginava-se que essa conexão ocorreria mediante a simples utilização da lógica – especialmente, da *lógica dedutiva*. Supunha -se que a lógica dedutiva seria suficiente para ligar a norma ao fato para daí se retirar uma decisão. Depois de interpretada a norma, essa deveria ser aplicada ao caso concreto mediante um *silogismo judiciário*, em que figurava como premissa maior a norma, premissa menor o fato e como conclusão a decisão da causa MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 33-34.

⁵²⁹ BÜLOW, Oskar Von. **La teoría das excepciones procesales y presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJEA, 1964. p. 4.

⁵³⁰ Muito bem explana a cerca dos autores Aragoneses, ver: ALONSO, Aragoneses. **Proceso y derecho procesal**. Barcelona: Aguillar, 1960.

⁵³¹ Dentro de las concepciones que han tratado de explicar la naturaliza jurídica del proceso com categorías elaboradas por el derecho privado, se pueden distinguir las tras posiciones siguientes: la teoría del contrato, la teoría del cuasi contrato y la teoría del acuerdo. [...] La superación de la concepción iusprivatista del proceso, que hacía de éste un simple apéndice del Derecho privado, se logró merced a los trabajos realizados por las teorías que conciben el proceso como una ración jurídica, aun cuando otras direcciones, apartándose más o menos de tal posición, construyen la naturaleza jurídica del proceso en base a criterios de otras ramas del derecho público. Es ya tradicional comenzar la exposición de esta teoría con la afirmación de que se debe a Oscar Bulow, con su libro *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, que

dos principais responsáveis pela transição do liberalismo processual para uma concepção social do processo civil. Segundo o liberalismo⁵³³ processual, a controvérsia é estranha ao Estado, sendo considerada individual, a partir do pleno domínio das partes, tanto no que toca à determinação do objeto do processo, tanto pelo controle da decisão judicial. O Estado possuía a mínima intervenção necessária, chamado a assistir passivamente a dialética das partes privadas e a intervir somente para expor nulidade ou para pronunciar a decisão final. Para tanto, o Estado não possuía nenhum interesse sobre o modo pelo qual ocorria o processo, restando relegado a segundo plano a função social do processo civil, tendo ele interesse apenas quanto a pretensão de salvaguardar os direitos subjetivos das partes.⁵³⁴

A superação da ideia liberal de processo civil e, posterior, afirmação de uma visão social tem início a partir da metade do século XIX e se concretiza apenas no século XX, por efeito, principalmente, da doutrina tedesca e austríaca processual,⁵³⁵ responsáveis por considerar o processo civil um instrumento para realização de justiça social, pensamento este fruto de juristas como Anton Menger e Klein e tendo como precursores Chiovenda, Calamandrei e Goldschmit.⁵³⁶ A ciência processual, ao substituir os contornos privatísticos do processo civil, criou uma cisão entre *público e privado*. Depois de muito tempo de prevalência do Processo de caráter privado, Giuseppe Chiovenda inaugura contornos de um Processo Civil de caráter público.⁵³⁷ Segundo Proto Pisani “*Sob a ótica da tutela jurisdiccional*

apareición en 2868, el ser creador del movimiento científico del proceso. ALONSO, Pedro Aragonés. **Proceso y derecho procesal**. Madrid: Aguilar, 1960. p. 156

⁵³² Ver: WACH, Adolf. **Conferencias sobre la ordeanza procesal civil alemana**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Eupora-America, 1958; WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977.

⁵³³ El sufijo “ismo” es utilizado para formar sustantivos que suelen referirse a doctrinas, escuelas o sistemas. En este artículo el sufijo se contextualiza para referirse a realidades distintas, a doctrinas que –aunque a veces contrapuestas– se relacionan entre sí dentro del Derecho Procesal. Los profundos cambios sufridos por el proceso civil nacional en las últimas décadas y los remezones consiguientes, explican la aparición –no siempre bienvenida– de plurales corrientes del pensamiento procesal que son acreedoras a que se les endilgue algún “ismo”. Las líneas que siguen, examinarán, sumariamente, algunas de ellas con la intención principal y acotada de dar noticia sobre sus perfiles. PEYRANO, Jorge. Acerca de los ismos em matéria procesal civil. **Themis. Revista de Derecho**, [s.L.], n. 58, p. 1, 2010.

⁵³⁴ CARRATA, Antonio. La funzione sociale e processo civile, fra XX e XXI secolo. In: MACARIO, Francesco; MILETTI, Marco Nicola (org.). **La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo**. Roma: RomaTrE-press, 2015. p. 92-93.

⁵³⁵ CARRATA, Antonio. La funzione sociale e processo civile, fra XX e XXI secolo. In: MACARIO, Francesco; MILETTI, Marco Nicola (org.). **La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo**. Roma: RomaTrE-press, 2015. p. 98.

⁵³⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. Liberalización y socialización del proceso civil. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL, 5., México, 1971. **Anais...** México, 1971. p. 45.

⁵³⁷ Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”. Essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei e de que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador. É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz

dos direitos, a obra de Chiovenda guarda praticamente intacto todo seu frescor e atualidade”⁵³⁸, pois buscou, com a visão publicista do processo, ampliar ao máximo a tutela jurisdicional dos Direitos.⁵³⁹

A pretensão dos autores em comento trata do abandono do leito do *ius privatum* e a clara escolha em favor da construção de um Direito Processual Civil no *ius publicum*. Em um processo publicista^{540, 541} muito embora as partes conservem o monopólio da proposição da demanda e das exceções, perdem o poder sobre a determinação do transcurso processual, poder que é transferido ao juiz, como por exemplo o de declarar encerrada a instrução quando considerar supérfluo a prova, introduzindo um sistema de preclusões rígidas entre outras modificações que propiciaram uma nova roupagem ao processo civil.⁵⁴² Esta concepção

cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Lembre-se de que, para Kelsen – certamente o grande projetor dessa última teoria –, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença). [...] representou uma crítica à posição que enxergava na função do juiz uma simples *aplicação das normas gerais*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 22.

⁵³⁸ PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 31, 2001.

⁵³⁹ La période charnière du XIXe et du XXe siècles voit la doctrine publiciste prendre ses distances à l’égard de la conception classique de la souveraineté nationale. Vivement critiquée par des juristes qui fustigent le mythe identifiant volonté générale et volonté législative¹, cette théorie politique justifiant la toute puissance de la loi est remplacée par une représentation juridique permettant «d’ évacuer la question de l’origine du pouvoir et de légitimer l’État en général, quel que soit le régime politique en place». Ce bouleversement théorique a d’importantes conséquences sur la manière dont le pouvoir du juge est envisagé, mais celles-ci ne sont pas univoques. En effet, le mouvement de défiance à l’égard de l’État légal et des représentations qui le soutiennent réunit des auteurs dont les thèses sont par ailleurs variées et, à certains égards, antagoniques. Certaines de ces approches conduisent à une prise en compte de la dimension sociale du droit et à une revalorisation de l’office du juge, alors que d’autres se contentent d’opérer une clarification épistémologique permettant au discours doctrinal de penser le phénomène juridique et, incidemment, l’institution judiciaire, sans en passer par la fiction d’une représentation du peuple. Carré de Malberg opère magistralement ce renversement de l’ordre hiérarchique traditionnel. COLSON, Renaud. **La fonction de Juger: étude historique et positive**. n. 29. Version 1. Paris: Presses Paris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. p. 37.

⁵⁴⁰ Diferente do processo liberal, o processo publicista busca atuar a vontade da lei (direito objetivo). Em que pese na concepção publicista buscar-se a defesa do direito objetivo, este objetivo seria alcançado pela declaração ou atuação da lei, evidenciando a natureza pública do processo, mas se manteve ainda presa aos valores culturais e ideológicos do Estado liberal. “A atuação da vontade da lei revela a preocupação em salientar que a jurisdição exerce um poder voltado à afirmação do direito objetivo ou do ordenamento jurídico. O objetivo da jurisdição, nessa linha, passa a ter, antes de tudo, uma conotação publicista, e não apenas um compromisso com a proteção dos particulares, isto é, um compromisso privatista. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21.

⁵⁴¹ A 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**. 14. ed. São Paulo: Malheiro, 2009. p. 88-89.

⁵⁴² PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 33-34, 2001.

estabeleceu uma diferenciação entre objeto do processo e processo como instrumento⁵⁴³ para alcançar a efetiva tutela pelo Estado, estabelecendo que, na medida que os litigantes dispõem sobre os interesses deduzidos em juízo (objeto do processo) não são livres para dispor sobre o processo mesmo, pois este possui uma função pública.⁵⁴⁴

[...] se habla de la publicización del proceso civil como conquista, sin duda, política, del siglo XX frente al proceso liberal propio del siglo XIX, pero luego se quiere disimular a algunas de las ineludibles consecuencias con el ropaje de la técnica procesal. Resulta de este modo que el proceso civil calificado de proceso ‘social’ se acaba pretendiendo reducirlo inexplicablemente a algunas cuestiones de mera técnica, cuando no de forma.⁵⁴⁵

A passagem da procedimentalização à cientificação do processo civil inaugura a autonomia do Direito Processual como Ciência apartada do direito material, desvelando a existência de uma relação pública com o Estado, o que cria uma relação diferente da relação material (ação material/ação processual) caminhando para além do formalismo, que apenas ditava um procedimento para aplicar o direito material. Entre as maiores conquistas da modernidade, a proteção da subjetividade manifestou a filosofia da época, pelo fortalecimento do indivíduo pelos direitos fundamentais, cujo reflexo foi a cientificação do direito processual e a construção das teorias da ação.^{546, 547}

⁵⁴³ A propósito, para arrematar, é relevante lembrar o que já dizia Liebman sobre a relação processo-Constituição: “O estudo dos institutos do processo, se é realizado ignorando ou negligenciando a ligação com outros ramos do direito e em particular com o direito constitucional, torna-se tedioso e estéril cômputo de formalidades e termos; ele adquire, ao contrário, o seu verdadeiro significado e se enriquece de razões diversamente importantes quando é entendido como o estudo do aparato indispensável de garantias e modalidades de exercício, estabelecido para a defesa dos direitos fundamentais do homem, no rigor da disciplina necessária de uma função pública. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 255-256.

⁵⁴⁴ JUNÓY, Joan Picó Y. Un derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. **Derecho y Sociedad**, [S.l.], ano 22, n. 38, p. 274-280, 2012.

⁵⁴⁵ MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. *In*: MONTERO AROCA, Juan; VELLOSO, Adolfo Alvarado (coord.). **proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. p.154.

⁵⁴⁶ Foi, porém, só o século XIX, com a grande transformação introduzida no sistema de relações entre indivíduos e sociedade – produto dum conjunto de outros factores e circunstâncias históricas cuja origem remonta ao começo dos tempos modernos – que acabou por completar aqui esta ótica do que falamos, ampliando-a e dando-lhe como que uma base metafísica, lida como definitiva, e dentro da qual nós todos fomos educados. Os elementos que historicamente concorreram para ela poderiam reduzir-se facilmente aos seguintes, se quiséssemos agora fazer deles uma rápida enumeração: as referidas *tradições romanísticas* (como, repetimos, a teoria das ações tributárias dos direitos subjectivos dos particulares e a distinção do direito em público e privado, levado ao seu último exagero; reminiscências de certos hábitos e concepções medievais, saudadas pelo Romantismo, vendo na relação processual uma luta entre partes e no juiz um árbitro impassível; o *individualismo económico* com seu culto pelas categorias da luta e da concorrência das atividades particulares; o *liberalismo político* com a sua teoria dos direitos individuais originários como fim absoluto do Estado, a sua ambição de garantias e a sua desconfiança permanente perante este; e enfim o *positivismo* e o *formalismo* jurídicos com a sua tendência para fazer de todo o direito um puro jogo de conceitos manobrados por uma lógica exclusivamente abstracta. Está, com efeito, aí todo o século XIX, para

A criação da ciência processual denota a superação da exegese pelo método do sistema e a criação de teoria do processo, passando a discutir com mais propriedade institutos como a prova, a coisa julgada e a ação. Os procedimentalistas limitaram-se a estudar a lei e as formas, já os processualistas elaboram verdadeiras sistemas científicos, buscando acomodar a lei nele. O processualista fará *teoria do processo*, tomando o processo como conceito base do Direito.⁵⁴⁸ Assim, ao tratar do tema em comentário necessário se faz lembrar que, no período pós 1948, a preocupação quanto ao conteúdo normativo em busca de garantir, substancialmente, a efetivação de direitos humanos, o que passa a ser feito pela constitucionalização de valores sociais universalizantes, potencializam as cartas políticas transformando-as em importantes instrumentos jurídicos que objetivam limitar todo e qualquer poder, inclusive (e principalmente) o Legislativo e o Judiciário. Fase de transição entre o governo dos homens em busca de garantias constitucionais, substituindo a Onipotência do Legislador pela Onipotência das Constituições.

Esse movimento propugna, pelo menos assim resta apresentado, perpassar a democracia formal/procedimental o que faz ao reconfigurá-la em busca de uma pretensa substância (democracia constitucional), propondo ampliar não apenas o número de partícipes do jogo democrático como, também, os locais para exercício do poder em público. Contudo, muito embora essa preocupação, fruto de um novo contexto social⁵⁴⁹, em termos democráticos

dar uma ideia do que foi o processo do século XIX. CHAUMET, Mario E.; MENICOCCHI, Alejandro A. El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna. **Investigacion y docencia**, [S.l.], v. 23, p. 55, 1994.

⁵⁴⁷ MONCADA, L. Cabral. O processo perante a filosofia do direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 1, p. 61, 1961.

⁵⁴⁸ Desde este planteamiento cabe registrar dos pasos fundamentales: 1.º) De la polémica entre Windscheid y Muther (1856 y 1857) resultó la autonomía del derecho de acción frente al derecho subjetivo material, siendo concebido aquél como un derecho, de naturaleza pública, frente al Estado en sus órganos jurisdiccionales, a obtener la tutela jurídica. Si El destinatario de la acción no es el demandado, sino el Estado, han quedado distinguidas dos esferas jurídicas; el derecho privado material y el derecho de acción, los cuales tendrán contenido, sujetos y efectos distintos (Capítulo 6º). 2.º) La obra de Bülow (1868) puso de manifiesto que, aparte de la relación jurídica de derecho material que se deduce en el proceso, éste en sí mismo constituía otra relación jurídica, la cual es siempre de derecho público. Esta relación tiene sujetos, presupuestos y contenido distintos de la primera, se desarrolla de modo progresivo entre el tribunal y las partes, haciendo surgir derechos y deberes procesales (Capítulo 7º). A partir de aquí se desarrollará la doctrina procesalista, tanto en Alemania (Wach, Kohler, Hellwig, Kisch) como en Italia (Mortara, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti), de modo que para todos ellos el concepto clave es el de proceso, en torno al que gira todo lo demás. [...] Como toda rama relativamente juvenil de la ciencia jurídica, el derecho procesal se ha formado a base de la conquista de terrenos inicialmente ajenos. Ha atraído así a su campo, y de manera indiscutible, la prueba, la cosa juzgada, la acción, por ejemplo. MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. p. 18-20.

⁵⁴⁹ [...] inevitável o confronto com as conhecidas e graves interrogações que o pensamento moderno costuma formular-se a respeito do futuro do Direito numa sociedade democrática, segundo os princípios informadores da chamada democracia social, ou “socialismo democrático”, como agora também é chamada. SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 98.

permanece a concepção representativa verticalizante, procedimento que enseja críticas quanto aos falsos espaços (oficiais) de participação, ainda apegados a centralização do poder na figura do Estado.

Dentre os autores que apregoam essa nova compreensão jurisdicional, merece destaque os pensamentos professados por Ferrajoli que, autodenominado positivista, apresenta como eixo de sua discussão a compreensão de que todo o direito existente no Estado Democrático deve estar compreendido no ordenamento jurídico, procedimento este de responsabilidade (quanto a sua estruturação jurídica) do Legislativo, fato que não só o aproxima de sua doutrina mãe (positivismo jurídico), mas, principalmente de Kelsen (Estado Moderno). Contudo, necessário lembrar que, muito embora próximos quanto a fonte legitimadora do direito, ao contrário de Kelsen, Ferrajoli demonstra efetiva preocupação não só com a forma (procedimento legislativo – *quem e como*), mas, principalmente, com o conteúdo do direito constitucionalizado (*o quê*), sistema que o faz assumir uma postura garantista/substancialista no que diz respeito a historicidade dos direitos fundamentais. Para tanto, sua forma de pensamento pretende, como ele mesmo diz, não superar o positivismo, mas, reforçá-lo em uma nova fase em que deixa de ser um legalista (formal/procedimental) para apresentar-se como um constitucionalista preocupado com o conteúdo e a substância do arcabouço jurídico vigente. Nesse sentido, necessário se faz esclarecer que toda a construção por ele apresentada, mantendo a separação entre o direito e a moral, tem como um de seus principais objetivos o limite da discricionariedade judicial que, para o autor, resta ameaçada pelo neoconstitucionalismo principialista, elemento que permitiria, segundo ele, a perigosa criação judicial do direito⁵⁵⁰.

Apresentadas as principais linhas que fundamentam sua concepção jupositivista do direito, a teoria apresentada por Ferrajoli pretende limitar a discricionariedade dos poderes constituídos, em especial do judiciário quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, o que faz diferenciando os termos discricionariedade e arbitrariedade, diferenciação realizada no sentido de garantir a suposta segurança jurídica fruto da construção histórica de direitos humanos que, constitucionalizados, compreendem os direitos fundamentais. Assim,

⁵⁵⁰ Al 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.

procurando aprimorar o positivismo jurídico⁵⁵¹, Ferrajoli mantém o direito como técnica⁵⁵² – sistema interno – separado da moral, o que faz ao demonstrar preocupações com o conteúdo normativo, este fruto da evolução histórica dos direitos fundamentais. Contudo, mantendo a relação sujeito/objeto⁵⁵³, compreende como inevitável⁵⁵⁴, em determinadas situações, a discricionariedade judicial quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, reconhecendo como ilegítimo apenas o poder (por ele denominado) de disposição, sendo este arbitrário⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Uma instituição formalista e presa a regras não está realmente em jogo em seus conflitos com o seu ambiente. Provavelmente se adaptará de modo oportunista porque carece de critérios necessários a uma reconstrução racional de políticas inadequadas ou ultrapassadas. Somente quando uma instituição é verdadeiramente propositiva pode haver uma combinação entre integridade e abertura, norma e discricção. É por esse motivo que o direito responsivo pressupõe que o propósito pode vir a ser válido o suficiente para assegurar uma produção adaptativa de normas. NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e sociedade**. A transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 125-126.

⁵⁵² No puedo dejar de llamar la atención sobre el hecho curioso que significa que algunos de los procesalistas más politizados pretendan en algunos casos convertir cuestiones eminentemente políticas en meros detalles técnicos. Por un lado se habla de la publicización del proceso civil como conquista, sin duda, política, del siglo XX frente al proceso liberal propio del siglo XIX, pero luego se quiere disimular a algunas de las ineludibles consecuencias con el ropaje de la técnica procesal. Resulta de este modo que el proceso civil calificado de proceso “social” se acaba pretendiendo reducirlo inexplicablemente a algunas cuestiones de mera técnica, cuando no de forma. MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: MONTERO AROCA, Juan; VELLOSO, Adolfo Alvarado (coord.). **Proceso civil e ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. p. 154.

⁵⁵³ É evidente que essa mudança de paradigma vai provocar ranhuras e espanto, mormente no seio da comunidade dos juristas. Afinal, para o jurista tradicional, inserido no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, é a sua subjetividade que funda os objetos no mundo. Sempre acreditou (e continua acreditando) que é a sua descrição, é dizer, a sua atividade subjetiva, que faz com que o mundo ou as coisas sejam como elas são. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 162.

⁵⁵⁴ Os espaços de discricionariedade da jurisdição, de fato, são inegáveis. Até mesmo em matéria penal, onde é máximo o valor da certeza, podem se distinguir, facilmente, três espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judiciária, que correspondem, entre tantos, aos seguintes tipos de poder: o *poder de qualificação jurídica*, que corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; o *poder de verificação factual* ou de valoração das provas, que corresponde aos espaços de ponderação dos indícios e dos elementos probatórios; o *poder de conotação* dos fatos verificados, que corresponde aos espaços da compreensão e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime. FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46-47.

⁵⁵⁵ Aliás, a própria constitucionalização dos princípios em matéria de direito reduz, geralmente, o espaço da discricionariedade interpretativa, uma vez que, de todas as possíveis interpretações admitidas para um mesmo texto, são escolhidas como válidas, somente aquelas compatíveis com a constituição. Assim, se pela excessiva indeterminação semântica das normas e pela falta de garantias o poder dos juízes acaba sendo, de fato, um poder criativo, que não poder ser reduzido aos três poderes fisiológicos – de interpretação das leis, de valoração das provas e de conotação equitativa dos fatos – então ele se converte naquilo que venho chamando de “poder de disposição”, que é, todavia, um poder ilegítimo, independente do fato de as normas serem formuladas como princípios ou como regras, uma vez que invade a competência política das funções de governo, não podendo, portanto, ser aceito sem que se negue a separação dos Poderes e a própria conservação do Estado de Direito. FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 51.

Conforme se infere do exposto, muito embora o esforço no sentido de valorização da historicidade dos direitos fundamentais⁵⁵⁶, que passam a ser garantidos constitucionalmente⁵⁵⁷ (democracia constitucional representativa verticalizada), não reconhece a *auctoritas* no momento da decisão judicial (jurisdição constitucional), a concebendo como uma escolha discricionária (mesmo que limitada), reconhecendo as teorias argumentativas como motivação (e não fundamentação) das decisões tomadas (entrega e não construção da tutela). Nesse contexto a decisão passa a ser fruto da vontade (escolha) do juiz, procedimento que vai de encontro a corrente publicista e, em especial, a proposta suscitada pela presente tese, uma vez que Ferrajoli ainda acredita na subsunção jurídica⁵⁵⁸.

Assim, muito embora compreenda ampliado o jogo democrático, agora preocupado (além da forma e do procedimento⁵⁵⁹) com conteúdo e substância do direito a ser efetivado quando da construção do arcabouço jurídico, peca por compreender a Tutela Jurisdicional do Estado nos mesmos moldes do proposto pelo período da modernidade, ou seja, a decisão permanece no Estado Legislador, este agora pautado não, mais, apenas na lei (apenas), mas, principalmente, na Constituição, sendo que nesse contexto o juiz, deixando de ser a boca de lei⁵⁶⁰, transformar-se-ia em boca da constituição⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ Na linha da historicidade, o pensamento desenvolvido na *Fenomenologia* tem seus traços iniciais em Giambattista Vico, para quem o homem não havia criado a natureza, mas o mundo histórico; apenas esse, com a peculiaridade de ter um conteúdo cognoscível, seria apto ao conhecimento. PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental**: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 85.

⁵⁵⁷ Por isso os princípios, mesmo não inscritos textualmente na Constituição, servem para fazer a conformação dos textos normativos infraconstitucionais com o texto da Constituição. É nesse contexto que assumem relevância os princípios (entendidos com padrões) da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). O grande problema, entretanto, está no modo *tabula rasa* que esses princípios têm sido utilizados, transformados, no mais das vezes, em simples “raciocínio discricionário”, pelo qual o resultado depende de um juízo subjetivo do intérprete. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 269.

⁵⁵⁸ Na verdade a legitimidade da jurisdição se funda, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez – bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e consequente discricionariedade judicial são sempre um fator de deslegitimação da atividade do juiz. FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁵⁵⁹ La ontología jurídica tiene como objeto de estudio el derecho tal cual es, sus características, conceptos e instituciones. Pero como lo advierte el professor Kaufmann en su Filosofía del derecho, esta temática se limitó a describir estructuras formales, dejando de lado los contenidos, cuya trascendencia es de vital interés, pues como asevera el profesor Álvaro Vargas al discernir si la norma procesal es avalorativa, anota que el sustrato axiológico de la misma da cuenta de la [...] relación entre el modelo político adoptado por el Estado y su organización procesal [...]. RESTREPO, Sebastián Betancourt. **Filosofía del derecho procesal**. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad del Derecho. Teoría General del Proceso. 2008. p. 11.

⁵⁶⁰ [...] 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. COUTURE, Eduardo J. Justicia y política. *In*: COUTURE, Eduardo J. **Introducción al estudio del proceso civil**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 70.

Portanto, inobstante o fato de apresentar significativa preocupação com a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, resta evidente que o positivismo (ainda) fala mais alto, momento em que retoma sua forte preocupação com a construção do ordenamento jurídico. O autor, acreditando no mito do dado, compreende que com o ordenamento perfeito há condição de aplicabilidade da norma, apresentando a forma de codificação (sintaxe e semântica) como principal problema e não a decisão judicial (hermenêutica filosófica), procedimento que demonstra (ainda) seu forte apego a ilusão do legislador onipresente/onipotente⁵⁶².

A análise do autor sobre o tema proposto, mesmo louvando o esforço apresentado no sentido de configurar uma nova realidade do positivismo jurídico (publicista e não mais privatista), denota sua preocupação com o conteúdo do direito sem desmercer sua forma. Contudo, diante da manutenção de um pensamento normativista/positivista, continua concebendo os problemas jurídicos pós-modernos, fruto de uma significativa diversidade social, muito arraigados a estruturação do ordenamento pelo poder competente (*auctoritas do Estado Legislador*), ou seja, ainda compreende a jurisdição como mero *ius dicere*, mantendo a verticalização democrática (Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado). A preocupação do autor tem como foco a legitimidade do poder judiciário e/ou do juiz e não, como pretende a Tese (e parte dos processualistas), com a legitimidade da decisão judicial.

Diante do exposto corroborando e, ao mesmo tempo, contrariando os pensamentos apresentados por Ferrajoli, Streck (em especial no tocante a ideia de discricionariedade) manifesta significativa preocupação quanto aos limites, sejam eles políticos e/ou jurídicos,

⁵⁶¹ [...] después de haber observado la forma en que han funcionado las Constituciones nacidas en la primera postguerra y haber asistido a los primeros experimentos de las surgidas de la segunda guerra mundial, se muestra en la actualidad inclinado a reconocer que la tentativa de aprisionar la vida política de un país en una rígida armadura de normas racionales consignadas en la Constitución, constituye una ilusión y una utopía. En las recientes Leyes Fundamentales Europeas, en las que ha querido traducir en disposiciones escritas la práctica parlamentaria inglesa, se observa que esta “religión sin dogmas, típica por su carácter irracional y pragmático y por su irreductible elasticidad, escapa a toda rigurosa geometría sistemática. Por otra parte, la experiencia política de este último decenio ha demostrado que fórmulas constitucionales aparentemente idénticas proporcionan resultados profundamente divergentes cuando se aplican a pueblos diversos. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 39.

⁵⁶² Na verdade, entre os fatores mais graves da discricionariedade judicial e do crescente papel da argumentação, está a crise da linguagem legal, que chegou a uma verdadeira disfunção: pela imprecisão e ambiguidade das formulações normativas; pela sua obscuridade e, às vezes, contradição; pela inflação legislativa que comprometeu a própria capacidade reguladora do direito. Mas este não é um fenômeno natural. Ele depende de uma legislação ruim e do caráter, frequentemente, vago e valorativo das normas constitucionais, cuja responsabilidade é, com certeza, da política, embora também recaia sobre a cultura jurídica [...] Por isso, atualmente, a ciência jurídica deveria retomar o programa iluminista de uma “ciência da legislação” à qual se dedicaram Gaetano Filangieri e Jerome Bentahm [...]. FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 55.

dos poderes constituídos, tendo como foco principal o poder judiciário⁵⁶³. Compreendendo o direito como histórica busca de limites ao poder, em especial os arbitrários, não só compara a ideia de discricionariedade a essa forma de poder como concebe a decisão judicial, fruto de escolhas discricionárias, como sendo o que ele denomina de ativismo, procedimento que, para o autor, repristinaria situações vivenciadas no passado como as estudadas no tópico relativo ao Estado Jurisprudencial, ou seja, decisões solipsistas (pautadas em atos de vontade).

Assim, muito embora os autores em comento tenham posicionamentos semelhantes no que diz respeito a importância do conteúdo a ser assegurado constitucionalmente, o primeiro ainda apresenta preocupações significativas no que diz respeito a tecnicidade quando da criação do ordenamento jurídico (limites políticos), o segundo, por sua vez, compreendendo que a Constituição⁵⁶⁴ já resolveu essa forma de limite de poder, preocupa-se de forma mais específica com os limites jurídicos que, não estando simplesmente na (semântica) posituação do direito, devem ser garantidos no momento da sua concretização eis que, nesse novo contexto social, constitucionalizados, o que faz objetivando perpassar o privatismo em busca do publicismo⁵⁶⁵ (resposta correta segundo a constituição). Para tanto, diferenciando princípios, regras e normas, aposta na hermenêutica filosófica como ferramenta capaz de evitar discricionariedades e ou arbitrariedades, estas fruto do que, pelo autor, resta concebido como filosofia da consciência⁵⁶⁶ (decisões solipsistas).

⁵⁶³ O Estado de bem-estar social, desafiado para dar respostas imediatas aos reclamos que a crescente demanda do mercado político formulada, deslocou o seu cuidado e a sua preocupação para atender, de modo eficiente, a esses reclamos de multiplicação e excelência dos serviços públicos. Tentou-se, então, deslocar para a “eficiência”, alicerçada na competência técnica e no saber científico, a fonte de legitimação do poder político [...] Instituiu-se a fé em um novo Deus, sentado num trono diverso daquele outro tradicional – o da neutralidade e excelência do saber científico e da irrecusabilidade de suas conclusões, em contraposição ao irracional das paixões humanas, presente, predominantemente, no processo político liberal. PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 91.

⁵⁶⁴ Por isso, no que tange ao contexto atual, a novidade é que não discutimos mais o problema da discricionariedade política, portanto não apostamos mais em positivismo fáticos (lembramos do realismo jurídico, o direito alternativo e suas variadas formas), *porque temos uma Constituição que resolveu o problema dos limites do político*. A constituição aparece como freio da vontade da maioria. FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 85.

⁵⁶⁵ Uno de los fenómenos más relevantes del derecho procesal que se ha desarrollado durante el siglo XX ha sido el de la “publicización” o “socialización” del proceso”, cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*), al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. JUNOY, Juan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. **Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 12, ene./jun. 2012.

⁵⁶⁶ Eis aqui a diferença entre a *Crítica Hermenêutica do Direito* e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a CHD parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando”

De minha parte, penso que a hermenêutica – no modo como venho trabalhando com ela em *Verdade e consenso* – possibilita o enfrentamento e a superação do decisivo problema, não enfrentado pelo positivismo (tanto o exegético como o normativista e seus sucedâneos), que é o da aplicação (*applicatio*, como diz Gadamer, ao se insurgir contra a cisão entre interpretar e aplicar). Mais do que isso, a imbricação que realizo entre Gadamer e Dworkin permite demonstrar não só a possibilidade de respostas corretas – na fórmula que eu proponho como ‘adequadas à Constituição’ – *como também a sua necessidade democrática*, caracterizando verdadeiro direito fundamental do cidadão. Desse modo penso que é possível ir além da tese semântica de Kelsen e da discricionariedade da moldura da norma ou da admissão de que alguns espaços de poder judiciário são inexoravelmente discricionários, como afirma Ferrajoli. Discricionariedade e democracia são coisas incompatíveis. (grifo do autor).⁵⁶⁷

Streck, ao contraditar sua teoria à professada por Ferrajoli, apresenta como principal distinção o ponto de análise da discussão. Não mais (tão) preocupado com a construção de um ordenamento jurídico fruto de uma “linguagem rigorosa” como pretende Ferrajoli (Jurisdição Legal – *ius dicere*), o brasileiro direciona suas forças na aplicação desse sistema de forma que possa ser efetivamente concretizado, o que deve ser feito pela compreensão fenomenológica fruto da hermenêutica filosófica⁵⁶⁸. Contudo, ainda preocupado com os poderes constituídos, compreende ser função do judiciário, pela compreensão hermenêutica (Democracia Verticalizada) a Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (Jurisdição Constitucional⁵⁶⁹ – *ius facere!?*)⁵⁷⁰. Assim, reconhecendo a relevante e significativa contribuição do autor, deixa de tratar (salvo melhor juízo) da importância democrática dos partícipes quando da construção

a interpretação, isto é, diminuindo – em vez de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 281.

⁵⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 88.

⁵⁶⁸ Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75.

⁵⁶⁹ O direito processual civil tradicional se apresentava com marcante caráter individual. O direito de ação, suas condições e pressupostos, relevam-se, dentro da estrutura original do Código de Processo Civil. Como institutos criados e disciplinados para atender apenas a pessoa do autor e a pessoa do réu. Tudo se desenvolvia à luz da individualidade de um sujeito ativo e um sujeito passivo. Com a socialização do direito constitucional, principalmente após as duas grandes guerras, sentiu-se na seara do processo a imperiosa necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e a relevam a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 18.

⁵⁷⁰ De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió outro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la “constitucionalización de las garantías procesales”, que ha venido a asegurar –por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional- un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Y a través del carácter normativo de estos textos, y de su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico-positivo, se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías así como que el juzgador no se viese vinculado por las mismas en la dirección de los procesos. JUNOY. Juan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. **Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 13, ene./jun. 2012.

das respostas sociais (proposta de decisão judicial compartilhada), passando a ser fruto de um poder policêntrico (*auctoritas*). Diante desse quadro, resta importante, a partir desse momento, compreender como isso seria possível nos moldes do concebido pela referida teoria.

O pensamento apresentado pelo autor (hermenêutica filosófica – fática/fenomenológica) busca compreender o direito como algo muito mais importante do que aquele conceito abstrato que, tomando corpo jurídico, passa a positivizar conquistas históricas da humanidade, ou seja, é a pretensão de superação daquela relação sujeito-objeto (Descartes⁵⁷¹) que pela blindagem kelseniana (direito separado da moral – sistema interno fechado pela norma fundamental), extremamente avalorativo⁵⁷², permitia ao observador dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa⁵⁷³.

Neste primeiro ponto, já resta evidente a diferença que faz distanciar os pensamentos apresentados pelos autores em comento. Ferrajoli, ainda preso as amarras do positivismo jurídico⁵⁷⁴, concebe a estruturação jurídica (ordenamento sistemático) como sendo a solução dos problemas enfrentados no mundo pós-moderno e Streck, ao contrário, concebendo já superada essa fase estrutural, tanto político como jurídica, deposita todas as suas forças na construção de um conhecimento que permita, desvelando os “*mitos do dado*”⁵⁷⁵, compreender

⁵⁷¹ Sua infatigável procura da verdade – de que é exemplo a notável biografia intelectual que se vai ler – deve conduzir ao conhecimento da natureza para a pôr a serviço dos homens. E é este, ainda, apesar de tudo, o verdadeiro espírito da filosofia. DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. Prefácio.

⁵⁷² Desta forma, a pureza apenas poderá ser atingida pelo afastamento dos elementos estranhos à sua essência, a saber, deve ser eliminado qualquer apoio em ciência de fatos, bem como reflexões de natureza sociológica e política. Vale dizer que, na concepção de Kelsen, o chamado “*extra-jurídico*” está automaticamente fora dos limites da Ciência do Direito. Estão neste plano as considerações de juízos valorativos sobre o conteúdo da norma jurídica, já que a preocupação está direcionada à forma desta. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 45.

⁵⁷³ Vale dizer: aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso *apofântico* (mostrativo) é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que é *hermenêutico* (nas palavras de Ernst Schnadelbach, a “razão hermenêutica”) [...] Portanto, na hermenêutica não faz sentido procurarmos determinar – de maneira abstrata – o sentido das palavras e dos conceitos, como as posturas analíticas de caris semântico fazem, *mas é preciso se colocar na condição concreta daquele que compreende* o ser humano, para que o compreendido possa ser devidamente explicitado. E esse é o ponto fulcral. FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 88-89.

⁵⁷⁴ Para aceptar sin rebelarse el juicio, aunque sea injusto, es necesario, por tanto, creer en el valor litúrgico del proceso y en la inspiración divina de la sentencia, o bien, cuando la justicia descende a la tierra, confiar en el valor racional del juicio. De esta fe iluminista en la omnipotencia de la razón, nace la ilusión de poder reducir el proceso, de función religiosa, a un engranaje de silogismos, o a una simple operación aritmética. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 38.

⁵⁷⁵ 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*

o direito como um fenômeno social/público fruto da tradição⁵⁷⁶ fática fenomenológica. O autor, tratando de forma salutar da importância de um controle democrático das decisões, muito embora reconheça a relevância e necessidade do diálogo do interprete (Juiz) com a historicidade/integridade, salvo melhor juízo, não se reporta (pelo menos de forma expressa) ao vital papel democrático das partes na construção dessa resposta social (decisão judicial). Isso se dá pelo fato de, ainda, concebê-la como uma Entrega (Verticalizada/Constitucional – Democracia Representativa) do Estado e não como fruto de uma construção policêntrica (Horizontalizada/Constitucional – Democracia Participativa) dos interessados. Por essa razão resta frustrada sua pretensão de limitar (por completo) a ideia de discricionariedade quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado.

O autor, apropriando-se dos pensamentos de Gadamer⁵⁷⁷, Heidegger⁵⁷⁸ e, principalmente, de Dworkin⁵⁷⁹ apresenta amarras não mais lógico semânticas, mas, sim fáticas-histórico-fenomenológicas e juridicamente constitucionalizadas que, buscando a

há como escapar disso. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁵⁷⁶ A superação sujeito-objeto só será operada pela descoberta hermenêutica (Gadamer-Heidegger) da dimensão antepredicativa que antecipa a compreensão de todo o enunciado veritativo [...] Logo esse sujeito não terá discricionariedade, pois terá que prestar contas, em todo momento, à tradição (integridade e coerência do direito). Essa dimensão antepredicativa sustenta-se em um *a priori* historicamente compartilhado e que impõe ao intérprete uma necessidade de diálogo com a *tradição*. Ocorre que esse elemento não aparece nas propostas analítico-positivistas de análise do direito [...] Em face disso é possível afirmar o elemento interpretativo que caracteriza mais propriamente a experiência jurídica – lembro aqui de Dworkin, para quem o direito é um conceito interpretativo – pode (e deve) ser explorado fenomenologicamente. É possível sim oferecer limites e anteparos à atividade interpretativa, na medida em que o direito não é concebido a partir de um reducionismo fático. *Isso é uma questão de controle democrático das decisões*. FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 89-90.

⁵⁷⁷ O que a nova hermenêutica irá questionar é a totalidade do existente humano e a sua inserção no mundo. Se Schleiermacher havia liberado a hermenêutica das amarras com a leitura bíblica, e Dilthey, da dependência das ciências naturais, *Gadamer pretende liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica*, para estudá-la em seu elemento puro de experiência da existência humana. E Heidegger será o corifeo dessa postura que se caracterizará por explicar a compreensão como forma de definir o *Dasein* (ser aí). O que nos é dado a entender acerca da existência humana, com sua finitude, sua precariedade, sua projeção para o futuro e, em suma, sua precariedade, tudo isto pertencerá à forma primordial do compreender. Por isto, Gadamer vai dizer, já no início de *Verdade e Método*, que a compreensão pertence ao ser do que se compreende.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 177-178.

⁵⁷⁸ Com efeito, para esses autores (Heidegger e Gadamer), há um elemento possibilitador da própria interpretação que é a compreensão. O interpretacionismo, em todas as suas formas, desconsidera o caráter antecipador da compreensão e o elemento de formação dos projetos de mundo, que não são determinados por uma querência individual, mas estão ligados a um *a priori* histórico compartilhado. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37.

⁵⁷⁹ Mas a nova crítica do positivismo produzida com grande poder, sutileza e complexidade pelo professor Dworkin inverte essas acusações contra o positivismo e afirma que o seu pecado capital não é mais o “formalismo” ou a crença em uma teoria “mecânica” da decisão judicial, mas consiste em uma assimilação equivocada da tarefa do juiz na solução de casos difíceis, tomando-os por uma escolha legislativa ou criadora do direito. A criação do direito por um juiz não seria apenas injusta nos casos em que as decisões têm força retroativa, mas também seria não democrática nos casos em que os juízes não são eleitos. HART, Herbert Lionel Adolphus, **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 171.

integridade normativa, possibilitaria a vinculação do julgador. Este, livrando-se da abstratividade conceitual como única forma de apreensão do direito positivado/positivismo jurídico (privativismo processual) e compreendendo o contexto em que está inserido, deveria possuir condições de construir uma resposta adequada a constituição (publicismo processual) e não apenas (motivada) pautada em argumentos (filosofia da consciência), procedimento fruto da busca pela concretização dos direitos fomentados pelas conquistas humanas que, refletindo essa “evolução histórica”, restaram constitucionalizados. É com base nessa construção que o autor reporta-se ao fato de que respostas adequadas à Constituição expressam um direito fundamental de todo cidadão, o que lhe é devido diante do contexto democrático representativo (legitimador), nos moldes do que passou a ser concebido como democracia substancial/constitucional. Contudo, como narrado, muito embora a significativa e relevante reconhecimento hermenêutico no momento da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (Jurisdição Constitucional), em que restam reconhecidos marcos históricos significativos, tradição e fonomenologia, o autor ainda aposta no mecanismo democrático centralizador verticalizado, compreendendo a *auctoritas* com função única e exclusiva do poder legitimado para tanto (Poder Constituinte – Orignário e Derivado). Assim, muito embora conceba a importância interpretativa⁵⁸⁰ do Direito (*ius facere* – Estado Juiz), procedimento proposto no sentido de superar os positivismos/privativismos, mantém o condicionamento da *aucoritas* vinculado aos ideais professados pela democracia representativa (Estado Legislador/Constitucional), procedimento ainda pautado na centralização de poder que resta verticalizado.

É nesse contexto que Streck, apresentando significativa importância quanto aos elementos hermenêuticos filosóficos, preocupado com a Jurisdição Constitucional, ainda compreende possível (pela figura isolada do intérprete – *ius facere*) a Entrega de uma Tutela Contextualizada. Conforme proposto pela presente Tese, essa Tutela Democrática só será possível quando, somando as forças dos pensamentos exarados por Lenio Luiz Streck e Darci

⁵⁸⁰ Ou, seja, na hermenêutica, ao contrário da analítica, *não há respostas antes das perguntas* [...] Na verdade, a “dimensão substancial” da democracia constitucional, endossada por Ferrajoli, é justamente o reflexo – ao contrário do que sustenta – do ingresso da moral no direito. Afinal, a positivação dos direitos fundamentais institucionaliza a moral no direito. Entretanto, a positivação desses direitos, somada à cláusula da igualdade (e da integridade de princípios que a sustenta), faz com que interpretações coerentes revelem direitos (aparentemente) não positivados. É dessa complexidade que não dá conta a tese positivista de Ferrajoli [...] A democracia se constrói a partir do direito. Este – o direito – não está a reboque da política, da moral ou da economia. Uma teoria do direito preocupada com a democracia substancial deve conter/prever mecanismos para a preservação de um elevado grau de autonomia do direito, construindo “blindagens” contra os predadores exógenos (moral, economia e política) e endógenos (panprincipiologismo, ponderação e as teses que apostam na abertura interpretativa dos princípios e cláusulas gerais). FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 93-94.

Guimarães Ribeiro, a Decisão (resposta aos problemas sociais) for policêntrica (poder compartilhado), momento em que o Protagonismo, perpassando a Jurisdição Constitucional e a Democratização do Processo (ambos presos à uma legitimidade democrática vertical), desaguar nas partes (Democratização da Decisão – Tarefa Coletivizada), momento em que restará efetivada a horizontalização democrática (poder compartilhado) tornando, agora, legítima a decisão, fato este que desonera a preocupação apresentada por Streck quanto a e(in)volução do processo civil⁵⁸¹ que, para Darci Guimarães Ribeiro (por exemplo), seria o momento não só de concretização dos direitos⁵⁸², assegurados constitucionalmente, como, também, o fator legitimador do judiciário (para a Tese da Decisão) em suas funções criativas⁵⁸³ – ativismo⁵⁸⁴. Diante do exposto, e conforme restará demonstrado em momento oportuno,

⁵⁸¹ No âmbito do processo civil, por exemplo, temos uma explicitação privilegiada de como essa mescla acrítica de tradições pode levar a resultados perigosos para a formatação de nossa arquitetura democrática. Como efeito, o predomínio das vertentes instrumentalizadas do processo no campo da teoria processual produziu um tipo intrigante de sincretismo de tradições. A ideia de que o processo é um instrumento teleológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos encarrega a jurisdição de – solipsisticamente – levá-los a realização [...] Dito mais claramente, ao mesmo tempo em que a referida corrente prega a realização do direito material, ela se aproxima das teses da Jurisprudência dos Conceitos e, no momento em que coloca a jurisdição como epicentro do edifício processual, parece pactuar com as posturas realistas ou do movimento do direito livre, que está na base da formatação chamada “jurisprudência da valoração”. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 30.

⁵⁸² A verdadeira praxis democrática, configurador de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva *concretização* dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia. É através dele, o processo, que “os cidadãos revelam ser *sujeitos práticos* justamente pela *práxis*: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 16.

⁵⁸³ A 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 a justiça**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Cortez, 2007. p. 18.

⁵⁸⁴ +A 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.

ambos não só contribuem de forma significativa para a Tese em comento, como (somadas) são o eixo em que restam desenhadas as configurações que compreendem a pretensa decisão policêntrica/compartilhada.

Diante do exposto, analisada a discussão travada por Streck e Ferrajoli, resta claro que ambos acreditam na força da democracia representativa para a configuração dos necessários limites aos poderes constituídos, assim, resta demonstrado o fato de que os autores em comento, com preocupações próximas quanto à estruturação do ordenamento jurídico (agora constitucionalizado⁵⁸⁵), apresentam significativas diferenças no que tange a aplicação prática do referido ordenamento. Ferrajoli acredita na linguagem técnica como limite e Streck na necessidade de compreensão⁵⁸⁶ hermenêutica⁵⁸⁷ fenomenológica⁵⁸⁸.

Inobstante a relevância das contribuições dos autores quanto a evolução jurisdicional, nesta nova fase, pautada pelos ditames constitucionais, necessário se faz perpassar esse modelo apresentado em busca de uma ressignificação da Jurisdição com sua reestruturação em busca de uma renovação dos elementos que fundamentam a Ciência Processual, deixando esta os extremos⁵⁸⁹, sejam eles privativismos e/ou publicismos⁵⁹⁰, momento em que o

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. **Revista da Faculdade de Direito Uerj**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 6, jan./jun. 2012.

⁵⁸⁵ A democracia liberal foi fruto da dissociação entre o político e o econômico. A democracia social representou a tentativa de reaproximação de ambos, assumindo o Estado não só tarefas de promoção, coordenação e planejamento, mas ele próprio se fazendo produtor e empresário. PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 92.

⁵⁸⁶ A crise do direito é crise de fundamento, e STRECK nos mostra isso através da crítica do paradigma que sustentou o direito até agora, introduzindo o paradigma hermenêutico-lingüístico em que situa o direito e a todos os que com ele trabalham, *no universo do sentido e da compreensão*. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Prefácio.

⁵⁸⁷ Compreender é o caráter ôntico original da vida humana mesma. Heidegger, assim registra Gadamer, *intenta cumprir a tarefa de ilustrar a estrutura do estar-aí mediante uma analítica transcendental do estar-aí*. Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, onde a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser aí ou pre-sença), onde o *Da* (o ai) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas sim o próprio ser”. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende o ser, que é o homem (*Dasein*), o estar aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*sorge*); cuidado é temporal (*zeitlich*). STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 178.

⁵⁸⁸ A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos são, assim, questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia Hermenêutica. *Como compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem*. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 183.

⁵⁸⁹ Aportándonos de extremismos, debemos reconocer que el proceso refleja la ideología socio-política dominante en un país en un momento determinado, aunque al mismo tiempo es evidente que a la postre el proceso supone siempre la investigación de un caso litigioso, la aplicación del derecho al mismo y la obtención de una sentencia justa, por lo que, partiendo de esta premisa común, es lógico que las soluciones coincidan y que con frecuencia sean consideraciones racionales, de técnica, las que conduzcan a soluciones análogas, cuando no idénticas. Pero el pretender desterrar la política del derecho, se basa en una opinión

protagonista deixa de ser o Estado Legislador/Juiz/Constitucional e exsurge a figura das partes como importante impulso nessa releitura dos princípios do dispositivo e do contraditório, abrindo novos horizontes⁵⁹¹.

Essa nova fase proposta tem como efeito a dinamização da jurisdição, que em um primeiro momento resta despida de um protagonista central (privativismo/publicismo)⁵⁹², propiciando uma horizontalização democrática responsável pelo necessário equilíbrio de liberdades e igualdades das partes no processo⁵⁹³ para, em um segundo momento, impulsionar, construir e desenvolver instrumental participativo fruto da contextualização da vida pela

deformada de lo que aquélla sea, y el pretender reducir el derecho a política, se basa en una concepción totalitaria de ésta desconocedora de las garantías de aquél. MONTERO AROCA, Juan. En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional. *In*: MONTERO AROCA, Juan; VELLOSO, Adolfo Alvarado (coord.). **Proceso civil e ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. p. 178.

⁵⁹⁰ Na doutrina da época ou dos primeiros anos do século XX, encontram-se defensores tanto do privatismo quanto do publicismo do processo, como instrumento de tutela do direito subjetivo ou de realização do direito objetivo, sem que necessariamente essas idéias sejam vinculadas à uma concepção liberal ou autoritária. Assim, Adolf Wach, considerado liberal, refere-se, no seu Handbuch, à jurisdição civil como o poder estatal aplicado a conservar o ordenamento jurídico civil. Tissier, em 1908 na França, citado por Morel, também sustentou que, embora uma concepção privatista do processo civil como chose des parties tenha dominado na legislação francesa, ela repousava sobre uma confusão, pois, se o objeto do processo pertence às partes, daí não resulta que estas devam ditar a sua marcha. A Justiça estatal é um serviço público: a partir do momento em que as partes a ela recorrem, os juízes têm o dever de assegurar o seu bom funcionamento com a finalidade de pesquisar a verdade e acelerar a solução dos litígios. Numa posição eclética, Mortara sustentava que a função da jurisdição civil era a defesa do direito objetivo, mediante a tutela dos direitos subjetivos. Por sua vez Tarello, um dos mais reconhecidos historiadores do processo, não hesita em qualificar a teoria de Bülow sobre a relação processual, concebida como relação de direito público entre o juiz e as partes, e não entre estas diretamente, como a expressão de uma ideologia autoritária, bismarkiana, que privilegiava a posição do juiz. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, v. 164, p. 29-56, out. 2008.

⁵⁹¹ A pós-modernidade do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução de impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo do século de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, que, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralísticas e transculturais da atualidade. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 30.

⁵⁹² No puedo dejar de llamar la atención sobre el hecho curioso que significa que algunos de los procesalistas más politizados pretendan en algunos casos convertir cuestiones eminentemente políticas en meros detalles técnicos. Por un lado se habla de la publicización del proceso civil como conquista, sin duda, política, del siglo XX frente al proceso liberal propio del siglo XIX, pero luego se quiere disimular a algunas de las ineludibles consecuencias con el ropaje de la técnica procesal. Resulta de este modo que el proceso civil calificado de proceso “social” se acaba pretendiendo reducirlo inexplicablemente a algunas cuestiones de mera técnica, cuando no de forma. MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. *In*: AROCA MONTERO, Juan; VELLOSO, Adolfo Alvarado (coord.). **Proceso civil e ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. p. 154.

⁵⁹³ 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, utopías, intereses económicos, sociales, políticos y estrategias de poder vigentes en determinada sociedad con marcas específicas de tiempo y espacio. OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes del juez y visión cooperativa del proceso. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, n. 2, p. 131, set. 2004.

decisão compartilhada (policêntrica), momento em que o direito (pelo contraditório e ampla defesa) apresenta-se dinâmico (texto e contexto) reconhecendo, juridicamente, o exercício democrático das partes⁵⁹⁴ o que é feito ao legitimar de forma policêntrica (poder compartilhado) o resultado de uma decisão judicial fundamentada em um contexto pautado em releituras jurídicas fruto de compreensão hermenêutica⁵⁹⁵. A Jurisdição (Democrática Horizontal Participativa)⁵⁹⁶, diante da reconfiguração da participação democrática dos cidadãos⁵⁹⁷ (*auctoritas*) quando da estruturação do objeto do debate processual, passa a ser

⁵⁹⁴ A solução institucional pensada para a democracia liberal (democratização do Estado) não responde satisfatoriamente às exigências postas pelo processo de democratização da sociedade. Expandindo-se a esfera de atuação do Estado, para atendimento, tornando prioritário, das demandas dos novos sujeitos políticos, surgidos com a ampliação da cidadania, restringiu-se, correspectivamente, a esfera da liberdade dos cidadãos. O desafio de hoje, portanto, é tornar realidade a democratização da sociedade, sem prejuízo da democratização do Estado. Em outros termos – conserva-se a prioridade do bem-estar social, mas sem restrição ao sacrifício da esfera da liberdade [...] Para que isso se faça realidade, urge pensar e implementar os instrumentos adequados, plasmar as novas instituições, enfim definir todo o necessário à consecução desse objetivo. E tudo aponta seja esse caminho o da chamada democracia participativa. PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 92.

⁵⁹⁵ Gadamer faz uma ruptura paradigmática, porque, ao lado de superar todas as hipóteses de subsunção na interpretação do direito, elabora esse salto a partir da ultrapassagem do esquema sujeito/objeto. Note-se que – a exemplo do que ocorre ainda nesses dias – a crítica do direito não conseguiu colocar a crise da interpretação do direito no âmbito da problemática da linguagem, isto é, embora importantes correntes do direito crítico apontem para a superação da subsunção, da dedução e até mesmo do subjetivismo, não conseguem inserir tais temáticas no âmbito da viragem linguística propriamente dita [...] Ora, a jurisdição constitucional, acima de tudo, é uma jurisdição de liberdades, não podendo os argumentos de política ser invocados para suplantar os argumentos de princípio [...] Nessa senda, o devido processo legal possui uma dimensão substancial, emprestando homenagem ao direito fundamental à adequada e tempestiva cognição judicial, máxima em matéria penal e processual penal, onde estão em jogo as liberdades fundamentais dos cidadãos. A reviravolta jurisprudencial, sem leitura do ato de julgar como verdadeiro romance em cadeia, tendo como pauta deontológica a integridade da jurisdição, não se revela alvissareira e reclama profunda reflexão por parte da doutrina, no sentido de lançar as balizas para um *accountability* hermenêutico. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 299-298.

⁵⁹⁶ Ao se falar num direito processual da pós-modernidade, almeja-se, com essa expressão, identificar nos textos positivados o conjunto de normas institucionalizadas pelo modelo jurídico do devido processo constitucional que, em sua gênese, reúna significância de superação da heteronímia produtiva do direito de tal modo a ensejar a construção procedimental de uma legalidade que se abre a crítica corretiva ampla e irrestrita. Esse direito processual assume compromisso teórico com as respostas a serem dadas numa universalidade pós-metafísica de instalação de comunidades jurídicas autoras, simultaneamente destinatárias, confirmadoras, reconstrutoras e operadoras do Estado democrático de direito discursivamente instituído. A processualidade jurídica institucionalizadora e recreativa do acervo normativo do Estado democrático é que provocaria o salto para a pós-modernidade jurídica que requer não somente características de positividade (legalidade formal da modernidade), mas agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do princípio da democracia. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 28-29.

⁵⁹⁷ [...] fica porém evidente que o pressuposto básico para o buscado não apenas na formação juridicamente perfeita do dispositivo estatal mas, fundamentalmente, no estabelecimento de condições sócio-culturais que possibilitem o surgimento de verdadeiros e autênticos cidadãos. SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 108.

fundamento da legitimação de uma decisão com construção policêntrica e não mais mera entrega de uma Tutela Jurisdicional (Legal/Constitucional/Solipsista) do Estado.⁵⁹⁸

É nesse contexto que a jurisdição, expandida pela reestruturação democrática⁵⁹⁹, deixando de ser mera solução de contendas individuais (Estado Moderno), assume uma perspectiva coletivizada (direito de terceira dimensão⁶⁰⁰), expediente fruto de uma releitura jurídica (Estado Constitucional⁶⁰¹) que, deixando de ser apenas uma carta política transforma-se em um poderoso instrumento jurídico⁶⁰² a disposição dos cidadãos que, nesse novo cenário, restam legitimados a efetivar⁶⁰³/garantir direitos transindividuais⁶⁰⁴. Contudo, nos moldes do

⁵⁹⁸ [...] ha sido considerado como el ilustrador autorizado del sistema constitucional soviético, estima abiertamente el proceso como uno de los instrumentos de lucha política, primero para el triunfo, y posteriormente para la defensa, de la revolución socialista. [...] en el estado platónico de los deseos irrealizados, lo que significa que las fórmulas constitucionales solamente tienen vida en tanto circula por ellas, como la sangre en las venas, la fuerza política que las alimenta, pero si ésta disminuye, se atrofian y mueren de esclerosis. [...] el juez no extrae su decisión de normas preconstituídas, sino de su inmediato sentimiento, de su sentimiento de hombre político que vive en sociedad, y que participa en la dinámica de aspiraciones económicas y morales, de apetitos y repugnancias, y hasta de “mitos”, y de todo aquello que puede denominarse, de manera comprensiva, corrientes “políticas” de su tiempo. La transformación de la política en derecho es realizada de vez en cuando por el juez para el caso particular, como *lex specialis*, y no anticipadamente por el legislador, constituyendo lo que la teoría ha denominado la creación judicial del derecho, el “derecho libre” [...]... la creación práctica, voluntad alimentada por la experiencia social, que impulsa al juzgador a la búsqueda de determinada utilidad política que dé satisfacción a la experiencia. Incluso cuando el juez busca la solución del caso particular guiándose por ciertas premisas de orden general, que siente como adquisición preexistente de la sociedad a que pertenece (la llama equidad social), las encuentra en su interior, registradas en su conciencia [...] Esta es la justicia del caso particular, que tiene el mérito, si el juez sabe ser fiel interprete de la sociedad en que vive, de convenir perfectamente a las concretas circunstancias del caso particular, sin dejar márgenes ni intersticios. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 66; 41-42 e 67.

⁵⁹⁹ Respecto a la primera, la visión estática, en el artículo 8º de la "Declaración Universal de Derechos Humanos" (Naciones Unidas. 1948) (y tomando "recurso" por "proceso" en sentido amplio) Icemos: "Toda persona tiene derecho aun recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, por la ley". BERTOLINO, Pedro J. **El derecho al proceso judicial**. Bogotá: Temis, 2003. p. 5.

⁶⁰⁰ Ver: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional universal**. São Paulo: Saraiva, 2015; e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁶⁰¹ Tal processualismo científico, revigorado pelas concepções constitucionalizantes, passa a se preocupar com um viés mais panorâmico da aplicação do direito, de modo a suplantar a mera análise das legislações processuais e investindo na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição, mas, também, do Estado democrático, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais. NUNES, Dierle. BAHIA. Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 84, jul./dez. 2010. p. 84.

⁶⁰² O direito processual, em vista disso, foi elevado à categoria constitucional na maioria das Cartas Constitucionais, seja por que inúmeros princípios de processo foram inseridos no conjunto dos direitos fundamentais, como o direito de acesso à Justiça, em processo público, conduzido por juízes imparciais e independentes, seja porque um conjunto de direitos garantidores das liberdades públicas poderia ser invocado em Justiça por meio de ações apropriadas ao seu melhor exercício. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3520: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. In: MARIN, Jeferson Dytz (coord.). **Jurisdição e processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 53.

⁶⁰³ O processo e a jurisdição constitucionalizados devem garantir e implementar os direitos fundamentais, e, se necessário, viabilizarem um espaço contramajoritário de sua efetivação. NUNES, Dierle. BAHIA.

proposto pelos autores analisados neste tópico, objetivando evitar discricionariedades e/ou arbitrariedades os juízes deveriam transformar-se na “boca da constituição”, ambos (Ferrajoli e Streck) apostando em mecanismos (o primeiro legais e o segundo hermenêuticos) que teriam o condão de garantir limites à interpretação jurisdicional⁶⁰⁵, mantêm fidelidade à democracia representativa (verticalizada). Para tanto, entendem a jurisdição como função única/exclusiva do Estado (poder centralizado⁶⁰⁶), momento em que deixam de propiciar aos verdadeiros interessados⁶⁰⁷, partícipes sociais, o direito de exercer uma democracia (efetivamente) participativa, mecanismo responsável, conforme proposto pela presente Tese,

Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 94, jul./dez. 2010.

⁶⁰⁴ Num e noutro caso, a ideia antiga de um processo civil restrito, ordinariamente, aos litígios individuais (“ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei” – CPC, art. 6º) cede lugar a uma concepção de justiça onde não mais se vê a demanda em defesa de outrem como uma excepcionalidade extrema. Tão numerosas são as ações coletivas, hoje em dia, que se pode afirmar que o processo civil é tanto instrumento de composição individual de conflitos como de solução global dos problemas coletivos, em que os verdadeiros titulares do interesse material em disputa quase nunca participam diretamente da relação processual. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 45-46.

⁶⁰⁵ Os alemães vão implantar um estado nacionalista com um viés autoritarista, e isto não foge ao posicionamento de Chiovenda de ver o processo como relação jurídica, tendo o juiz como sujeito central do processo. No fundo, esses autores estão plantando as bases de um processo social, que depois vão ser implementadas sob a ótica de um direito legalmente constitucionalizado estribado em constituições ditas dirigentes, libertatórias, flexíveis, preenchidas por elementos meta jurídicos e permeadas pela estrutura teórica dos direitos fundamentais. [...] À época de Chiovenda, e antes dele mesmo com os ensinamentos traçados por Wach, Mortara e Bülow, objetivavam os juristas fazer com que houvesse aproximação do povo com a prática processualista, por meio da re-elevação da figura do magistrado, a ponto de Justiniano ponderar que “há quem diga que somos sacerdotes”. Houve, em anos anteriores à doutrina traçada por Chiovenda, a tentativa de socializar o processo, cuja fórmula foi colocar nas mãos de alguém (juiz) esta responsabilidade, entendidos como sendo os seres mais preparados. MAGALHAES, Joseli Lima. *Jurisdição e processo em Giuseppe Chiovenda*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 14., Fortaleza, 2010. **Anais...** Fortaleza, jun. 2010. p. 7580.

⁶⁰⁶ El autor escandinavo distingue entre normas de conducta y normas de competencia. En las primeras se prescriben parámetros de conducta humana. En cambio, las segundas indican cómo se crean las normas de conducta, estableciendo para ello un poder o autoridad. En este grupo se encuentran las normas procesales, merced a que éstas consagran el discernimiento de los diferentes medios para la actualización del derecho objetivo, y sería la norma jurisdiccional contenida en la norma jurisdiccional contenida en la parte resolutiva del fallo la disposición producto de ese poder de juzgar, dada al aparato jurisdiccional del Estado RESTREPO, Sebastián Betancourt. **Filosofía del derecho procesal**. Teoría General del Proceso. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad del Derecho. 2008. p. 15-16.

⁶⁰⁷ Como, nessa conjuntura, a insistência em salvar a modernidade (mundo das representações não esclarecidas de vidas passadas) por juízos da tradição silenciada pela autoridade que se quer cada vez mais radical e repressiva é agravadora do confronto mítico-histórico das sociedades secularizadas, a teoria argumentativa se apresenta como institucionalizadora de uma comunidade jurídica que, pela via de um discurso proposicional, e não mais autoritário, quer fazer a passagem para a pós-modernidade da concreção de direitos no eixo da processualidade como espaço inter-relacional de preparação de decisões jurídicas sobre direitos fundamentais originários e derivados já constitucionalizados. Essa neutralidade deontológica regida pelo devido processo constitucional tem sua gênese construída por autores normativos que são os próprios destinatários dos direitos produzidos como forma de promover a integração social assegurada e formalizada nas constituições democráticas. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 34-35.

não só pela eficaz construção de uma resposta social, mas, em especial, pela reconfiguração do poder⁶⁰⁸ em sua nova estrutura de divisão/descentralização (Decisão Compartilhada).⁶⁰⁹

Essa nova leitura jurisdicional⁶¹⁰ enfrentará, como toda modificação apresentada em um cenário viciado⁶¹¹, a relutância dos operadores do direito que, instrumentalizados com fulcro no ideal de eficiência⁶¹² e efetividade, terão dificuldades em compreender o quão necessário, vital, democrático será o compartilhamento de poderes⁶¹³ na construção de uma decisão que, fundamentada pelo contraditório e pela ampla defesa⁶¹⁴, restará não apenas legítima (*auctoritas*) mas, também, eficaz uma vez que construída pelos partícipes sociais⁶¹⁵.

⁶⁰⁸ O encontro histórico que fundiu decisão e deliberação é no direito político uma conquista que hoje é reconstruída e reconscientizada pelo devido processo constitucional, que distingue um ordenamento jurídico de conteúdo democrático de outro de substância cultural tradicionalizada por uma jurisdição redentora. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 26.

⁶⁰⁹ O processo publicizado perpassa a aspiração individual à satisfação de interesses, haja vista, que o próprio direito tem inegavelmente um “fim político”, ou fins políticos, sendo imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei. DINAMARCO, Cândido R. Escopos políticos do Processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 121.

⁶¹⁰ Defende-se a interpretação e implementação a partir de uma visão da Constituição como processo de aprendizado social e a partir de uma policentrismo processual, de modo a entender o processo como garantia e não como um entrave. NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, MG, p. 16, 2008. Edição Especial.

⁶¹¹ [...] uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de uma jurisdição (dicção de um direito culturalizado) salvadora da realidade hostil à realização de direitos fundamentais. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 30.

⁶¹² Por outro lado, o texto do Código de Processo Civil sofreu, nos últimos anos, várias reformas. Todas com uma só e principal objetivo: acelerar a prestação jurisdicional, tomando-a mais econômica, mas desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados. Podem citar-se como medidas inovadoras de grande repercussão: a tutela antecipatória, a nova roupagem do agravo de instrumento, o reforço da executividade das obrigações de fazer ou não fazer, a outorga de auto-exequibilidade a todas as sentenças condenatórias (inclusive as relativas a obrigação de quantia certa), a ampliação dos títulos executivos a racionalização do procedimento sumário, a criação da ação monitória etc. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 19.

⁶¹³ Feita essa ressalva, no entanto, 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. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 56, p. 21-22, 4º Trim. 1987.

⁶¹⁴ Com efeito, os autos do procedimento não são mero caderno de anotações dos atos processuais, mas, expressam os limites formais do campo provisional (probatício) preparador do provimento (sentença). LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 147.

⁶¹⁵ Essas perspectivas, apesar de uma importância, cedem espaço a uma análise da ciência processual que busca uma efetividade normativa (*Rechtsschutzeffektivität*), ou seja, uma aplicação dos institutos processuais de acordo com princípios e regras constitucionais, de modo a ofertar concomitantemente legitimidade e eficácia na aplicação do direito. O processo não pode ser, nesse contexto, enxergado como um mal a ser resolvido, eis que este constitui uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões.

4.3 Da Jurisdição no Processo Pós-Moderno: por um protagonismo horizontal das partes

Por fim, como pretensa resolução dos problemas que assolam os modelos anteriores, a Tese apresenta a ideia de uma Jurisdição Pós-Moderna, na qual, perpassando o *ius privatum* e o *ius publicum*, apresenta uma Jurisdição Compartilhada, estrutura que fomenta a necessidade de verdadeiros cidadãos que, em um Estado Democrático de Direito, fruto de uma Democracia Horizontal, propicia, pela reestruturação democrática, a expansão Jurisdicional (Estado, Juiz e Cidadãos Ativos Responsivos). A Tese, nesse contexto, tem como fundamento uma releitura Jurisdicional, transformando a Decisão em um importante *locus* democrático.

4.3.1 Do Princípio Dispositivo e do Contraditório Constitucionalizados e a Decisão Policêntrica

Em um contexto Pós-Moderno de movimentação transindividual, construída por novos atores sociais, a convivência entre as diferenças impacta na busca/exigência de um novo mecanismo Jurisdicional que seja capaz de propiciar resoluções compartilhadas dos novos problemas sociais. Para tanto, necessário se faz a afirmação e/ou reconhecimento de políticas públicas diante das tensões sociais contemporâneas e a inércia dos Poderes Institucionalizados⁶¹⁶. Até então, a busca pela forma e o procedimento (avaliativos) levou os homens a construir/sistematizar um direito centralizado no Estado (positivação/codificação) o que se propunha pela estruturação de uma ordem social firme e estável (dever ser – relação sujeito/objeto). Porém, as mudanças sociais contínuas exigem ajustes que, diante da pressão de novos interesses (policêntricos) e novos modos de engendrar poder (compartilhado), passam a exigir não apenas uma nova ordem jurídica como, também, e em especial, um novo modelo democrático (horizontal/participativo). Os princípios que propugnam essa nova fase

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, MG, p. 14, 2008. Edição Especial.

⁶¹⁶ Mas, 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. 104-105.

jurisdicional têm como fundamento o ideal de mudanças e, contrariando o modelo fruto do Estado Moderno/Constitucional, não mais de estabilidade⁶¹⁷.

Assim, muito embora reste desconsiderada a efetiva força da necessária construção compartilhada de uma decisão policêntrica (eficaz), necessário se faz ressaltar a importância de uma real participação democrática das partes que, nesse novo modelo proposto (democracia horizontal), legitimam não só a concretização das promessas constitucionais (até o presente momento não cumpridas) como também a efetivação de novos direitos(!?) em um novo *locus* de participação política, tendo como fundamento a compreensão e efetivação do contraditório e da ampla defesa na/e pela jurisdição processual compartilhada, isso em virtude da inércia dos demais poderes constituídos (*locus* tradicional). Essa nova visão jurisdicional, mais do que nunca, é necessária em virtude da pluralidade existencial vivenciada na atualidade, momento em que novos desafios são uma constante, razão pela qual a dinamicidade jurisdicional exige dos novos atores sociais uma participação mais qualificada (transição de meros operadores do direito para a condição de verdadeiros juristas).

Com esse desiderato, a estruturação pós-moderna da jurisdição, que busca a concretização de uma tutela transindividual, conectam-na a uma necessidade de eficiência, efetividade mas, principalmente, de eficácia, o que só será possível quando rompida a relação sujeito/objeto própria do modelo caracterizado pela imagem de um juiz observador imparcial e/ou solipsista (Estado Moderno/Estado Constitucional). Para tanto, necessário se faz reconfigurar o jogo democrático participativo que, perpassando o representativo, transforma o juiz em um novo partícipe a ser considerado na estrutura dos sujeitos processuais (relação sujeito/sujeito), momento em que a legitimidade para a efetivação dos novos direitos⁶¹⁸ resta estabelecida pelo diálogo fático/fenomenológico desenvolvido quando do objeto do debate processual, expediente que deve desaguadar em uma decisão judicial fruto desse novo contexto (democracia horizontal/participativa). Essa nova, e importante, reestruturação

⁶¹⁷ El derecho no puede garantizar la seguridad, si la sociedad misma entiende su futuro como un riesgo que depende de decisiones. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 409.

⁶¹⁸ A 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: Revan, 2010. p. 120.

jurisdicional resta potencializada pela necessidade de efetivação dos princípios que norteiam no Novo Código de Processo Civil.

O pluralismo fruto das novas demandas sociais exige o perpassar da democracia representativa verticalizada, própria dos Estados Legislador/Juiz/Constitucional (Reativo/Ativo Responsivo), propiciando uma nova atmosfera na jurisdição, em especial no que tange a sua responsabilidade social. Para tanto resta provocada a agir em busca da implementação/concretização dos direitos concebidos como fundamentais e efetivação de novos direitos fruto dos anseios sociais. Assim, diante da ampliação de competências que acaba por fomentar/construir um espaço de ação mais democrático no exercício jurisdicional resta premente (também e além da mudança legislativa processual) a mudança procedimental no tocante a sua cultura interna. A pré-compreensão (despida dos pré-conceitos) dos novos atores sociais (Cidadão Ativo/Responsivo) é que permitirá, em um novo contexto histórico fenomenológico, a aceitação das necessárias mudanças fruto dessa nova concepção de jurisdição. Assim, perpassando a Jurisdição Constitucional, resta premente a reconfiguração da Jurisdição Pós-Moderna a ponto de que ela desvele/descubra em si, diante e por meio da complexidade conflitológica, um novo espaço de exercício democrático (participativo) no qual as partes é que (agora) apresentam-se como verdadeiros protagonistas na busca de concretização de direitos fundamentais bem como na efetivação de novos direitos, uma vez que a decisão estará, nesse novo contexto, legitimada por um processo democrático horizontalizado (descentralização do poder) e não mais verticalizado (concentração do poder).

O direito, nessa nova fase, deve ser considerado como algo muito mais complexo do que um mero conjunto de regras que disciplinam (em abstrato) a ação humana, o que deve ser feito com fulcro em uma reestruturação jurisdicional pelo redesenhar democrático do processo, contexto em que o ato de decidir (policêntrico) deve (também) ser considerado responsivo, permeado não só pela hermenêutica-fenomenológica, mas, também, e em especial, pelo reconhecimento efetivo da participação democrática das partes (horizontalização de poder que deve ser compartilhado). É com fulcro nessa nova realidade que a decisão resta legitimada pelas partes quando do exercício da democracia participativa (descentralização do poder), momento em que o objeto do debate processual se transforma, ensejando decisões judiciais contextualizadas em um procedimento permeado por um contraditório forte. Pela Jurisdição Democrática o juiz solipsista (modernidade democrática representativa - verticalizada) passa a ser absorvido pelo contexto fruto dos debates apresentados pelos partícipes (verdadeiros cidadãos de uma democracia participativa – horizontalizada) quando da construção jurisdicional, elemento responsável por desaguar na

decisão (policêntrica) a necessária legitimidade quando da concretização das promessas não cumpridas (e a efetivação de novos direitos!?). Para tanto, necessário se faz conceber, também, uma releitura quanto aos termos separação e divisão de poderes, ganhando relevância a ideia de poder compartilhado/descentralizado. Os poderes do Estado não são e não devem ser estanques, portanto não devem restar silenciados quando da efetivação/exercício das tutelas jurisdicionais.

Nesse novo contexto, configurado pela proposta de transição da separação e/ou divisão de poderes para a ideia de poder compartilhado, é inevitável o alargamento da competência da decisão policêntrica transindividual (conceito diverso de uma decisão monocrática – meramente judicial) que, pela releitura democrática, passa a contemplar realidades, até então, consideradas atípicas à Jurisdição Tradicional (Moderna/Constitucional – Democracia Representativa). Esse novo quadro propicia o necessário redimensionar democrático, momento em que o protagonismo jurisdicional passa a ser reconfigurado na efetiva participação horizontal dos legitimados processuais na/e pela Decisão Policêntrica. Assim, em um novo cenário jurisdicional, resta ampliada a sua legitimidade que, permeada pelo contexto filosófico, fático e fenomenológico, apresenta-se, pelo contraditório e pela ampla defesa, como efetiva participação democrática ao ser exercida por novos atores sociais, oportunizando (conforme restará demonstrado no próximo capítulo) um necessário perpassar da eficiência e efetividade em busca da tão sonhada eficácia.

A Tese em comento, tem como fundamento (diverso do ocorrido nos Estados Moderno e Constitucional), uma releitura Jurisdicional transformando a Decisão em um importante *locus* democrático. Esse novo contexto (mudança institucional) objetiva propiciar maior proteção e autonomia aos cidadãos, tornando-os ativos em busca de conquistas políticas em um novo mecanismo de jurisdição compartilhada. A decisão judicial deixando de ser abstrativizada/verticalizada (instrumento passivo do sistema legal/jurisprudencial/constitucional – *ius diccere/ius facere*), pela participação fática/fenomenológica dos novos atores sociais⁶¹⁹, resta legitimada como *auctoritas*,

⁶¹⁹ Por 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, compárese a 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 instalment 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,

transitando de mera chancela do legal (*lex*) e/ou construção judicial solipsista⁶²⁰, para um importante espaço democrático de efetivação político/jurídico do direito (*ius*), procedimento que reaviva a *auctoritas* como elemento legítimo da Jurisdição pela Decisão Policêntrica (democracia horizontal/participativa).

Diante desse novo cenário Jurisdicional que se desenha no Estado Pós-Moderno resta necessária uma nova forma de enxergar o outro sujeito da relação processual (abandono da relação sujeito/objeto), assim como requalificar os sujeitos dadas as suas particularidades existenciais (relação sujeito/sujeito), por meio de uma ressignificação do papel atual da Jurisdição e do Processo, demonstrando a importância de uma decisão (policêntrica) que dê primazia aos sujeitos e ao diálogo como forma de estabelecer uma relação jurídica democrática e participativa. Para tanto, a decisão policêntrica aparece nesse cenário como um autêntico e importante instrumento de transformação social, momento em que o cidadão ativo/responsivo (parte importante de um jogo democrático representativo e participativo), encontra um novo *locus* para o exercício da cidadania, acarretando sensível protagonismo quando do exercício de seu poder/função. Para tanto, o protagonismo do Estado Legislador/Juiz/Constitucional, nessa reconfiguração político/jurídica (novo contexto democrático participativo evidenciado/garantido na e pela jurisdição) resta transferido, de forma horizontal, aos legitimados processuais (verdadeiros cidadãos).

Massimo La. Derecho y conceptos de derecho: tendencias evolutivas desde una perspectiva Europea. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, [S.l.], n. 16, p. 87-90, 1993.

⁶²⁰ A 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 aplicá-la no caso concreto – que, *in vitro*, pode-se representar como um silogismo – é, em realidade, uma operação de síntese, que se realiza, 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 substâncias elementares que compõe um organismo vivo, não foram bem-sucedidos, no entanto, em enclausurar em uma fórmula aquela centella 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, com apreciação equitativa das circunstâncias do caso. Na técnica legislativa, adotam-se, com frequência, aquelas expressões tradicionais de significado genérico e variável (boa-fé, diligência normal, diligência 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.

Essa transição se faz necessária pelo fato de o Poder Político, nascido no Estado Moderno como sendo função exclusiva do Estado⁶²¹ Legislativo, quanto a competência criativa da *LEX* (procedimento racional/matemático/formal/procedimental), ter, no período das jurisprudências, sido encampado pelo Estado Juiz quanto a competência para criação do *IUS* (procedimento científico/volitivo/procedimental) e, no Estado Constitucional ter retornado ao Estado Legislativo *LEX* (procedimento hermenêutico filosófico/vinculado/substancial), transformações estas que hoje impactam na possibilidade de reestruturação democrática em que o legitimado para a criação do *IUS* passa a ser a decisão horizontal/policêntrica (processo democrático/participativo/fático fenomenológico/legítimo), momento em que a centralidade do controle social deve retornar ao cidadão, hoje um cidadão ativo em busca de novos direitos⁶²², sistemática que passa a exigir uma maior dinamicidade Jurisdicional só possível em um Estado Pós-Moderno pautado em um modelo democrático participativo⁶²³, momento em que o cidadão resta compreendido como um verdadeiro partícipe social⁶²⁴ e não mais, como era no Estado Moderno/Constitucional, apenas um povo ícone/legitimador/consumidor.

Para tanto as instituições jurídicas devem ser periodicamente estudadas e redesenhadas a fim de aperfeiçoar sua capacidade de atender as expectativas públicas⁶²⁵, expectativas estas transformadas em novos direitos (*IUS*) fruto de um compartilhamento de responsabilidades no tocante a efetiva participação democrática na decisão, momento em que as partes deverão conduzir-se pelos institutos da boa-fé e da lealdade processual⁶²⁶ restando, assim, aprimorado

⁶²¹ [...] 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. PICARDI, Nicola. La Crisis del Monopolio Statuale. **Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche**, [S.l.], n. 2, p. 51-55, 2011.

⁶²² Por 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.

⁶²³ El 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**. [S.l.], 2017. Disponível em: http://paperroom.ipasa.org/papers/paper_29331.pdf. Acesso em: 30 ago. 2018.

⁶²⁴ A 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.

⁶²⁵ NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e sociedade**. A transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 34.

⁶²⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobre-princípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. **Revista Forense**, v. 381, p. 57-70, 2005.

o necessário e profícuo debate processual democrático⁶²⁷, sendo importante, para esse desiderato, uma ampla reestruturação quanto ao ofício das partes⁶²⁸. A Jurisdição Constitucional (democratização da democracia), muito embora tenha ampliado os horizontes do processo, manteve um modelo jurisdiccional centralizado (democracia vertical – *ius facere*) sistemática que, pela proposta de Jurisdição Pós-Moderna, deve restar alterada por um novo contexto fruto de um poder, agora, compartilhado entre as partes envolvidas no objeto do

⁶²⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdiccional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

⁶²⁸ La 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 organizativos, 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, 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 dismantlar 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. **Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado**, [S.l.], p. 11 e segs, 1999. Disponível em: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol6/6-5.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

debate processual, momento em que passa a legitimar a *auctoritas* (finalidade da dinamicidade jurisdicional). A democracia participativa, para tanto, deve ser projetada na jurisdição, momento em que o direito, superando a fase moderna (individualizada – direitos de primeira geração), se constrói pela participação dos cidadãos (coletivizada – direitos de terceira dimensão)⁶²⁹.

Essa proposta tem como base/fundamento as evoluções constitucionais quanto a compreensão de um novo partícipe social. O cidadão ativo⁶³⁰ passa a redimensionar sua efetiva participação política/democrática não apenas na busca do cumprimento constitucional que, no seu bojo, evidencia um alto grau de substancialidade, mas também na efetivação de novos direitos, momento em que a decisão judicial resta transformada, de um ato abstrato/volitivo/solipsista, em uma ágora na qual as partes e o juiz (democracia participativa horizontal) são responsáveis pelo impulso, tramitação e efetivação dos novos direitos, procedimento legitimado pelo resultado colhido dos elementos fáticos e fenomenológicos que compreendem o ato jurisdicional policêntrico (verdadeira *auctoritas*)⁶³¹, momento em que a responsabilidade pela resolução dos conflitos deixa a centralização estatal, restando reconfigurada na efetiva participação democrática dos legitimados processuais. Assim, a decisão (e não mais o Estado, o Judiciário e/ou Juiz⁶³²) resta legitimada/fundamentada pelo

⁶²⁹ Historicamente 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 un 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 un orden jurídico ya constituido. 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.

⁶³⁰ Estas 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.

⁶³¹ 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. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, acción y proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. p. 69.

⁶³² 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. **juces y jueces para la democracia. II Ponencia: JpD y la Administración de Justicia**, [S.l.], 2010. Disponível em: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2017/01/II-PONENCIA-JpD-y-la-Administracion-de-Justicia-Carlos-Gomez.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

contraditório (ampla defesa), procedimento que passa a oportunizar a necessária descentralização do poder político, alçando as partes à condição de verdadeiros protagonistas⁶³³ quando da resolução do feito (partícipes democráticos⁶³⁴).

Para esse cenário necessária se faz a mudança cultural quanto ao papel das partes no processo, momento em que o juiz, deixando o protagonismo do Estado Constitucional, divide/compartilha poderes com os demais partícipes (cidadãos ativos), sendo este novo elemento jurisdicional (faticidade/fenomenologia) o necessário e legítimo poder político/jurídico que legitimará, pela jurisdição compartilhada, a efetivação de novos direitos, estes emanados de um Poder Democraticamente Competente/Legítimo, ou seja, fruto dos anseios dos verdadeiros legitimados.

Para tanto, as partes passam a ser reconhecidas quanto a sua importância na construção do objeto do debate processual⁶³⁵ que, expressando os fatos e contextos sociais em que restam inseridas, propugnam a necessária dinâmica jurisdicional participativa propiciando pré-compreensões (autênticas) que legitimam a necessária compreensão fática/fenomenológica

⁶³³ Desde 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.

⁶³⁴ A 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 constitui-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: Revan, 2010. p. 152-153.

⁶³⁵ Por tudo isso, o processo hoje só pode ser compreendido dentro de sua dimensão democrática que indelevelmente está impregnada pelo contraditório, como um espaço público para os debates, razão pela qual conceituamos processo como “um espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente por ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário aos artigos 1º a 12º do CPC. *In*: BUENO, Cassio Scarpinela (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1 a 317, p. 124.

como resultado de uma hermenêutica⁶³⁶ histórico/filosófica. A pretensa legitimidade democrática horizontal propicia o necessário redimensionamento funcional⁶³⁷, responsabilizando as partes pelo exercício político e jurídico quando da busca/efetivação do direito, momento em que a jurisdição compartilhada assume relevante papel nessa reconfiguração jurídica⁶³⁸, procedimento que tende a inibir o ativismo judicial nocivo (volitivo/solipsista/arbtrário/verticalizado).

⁶³⁶ 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. TORO, Julio César Fernández. Participación judicial y gobernabilidad democrática de la justicia formal a la justicia popular. **Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado**, [S.l.], p. 9, 1999. Disponível em: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol6/6-5.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

⁶³⁷ Mattos propõe a superação do modelo Burocrático determinando a administração da justiça ao Estado Respostivo e a possibilidade de uma administração voltada a gestão pública, assim assegurando aos seus cidadãos ativos uma melhor e satisfativa Jurisdição, explica, 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 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 adoção 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 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. A adoção de um conjunto de reformas em vários países vem, pois, produzindo novas políticas estruturais a níveis da administração judiciária e da gestão processual com implicações profundas e controversas na atividade diárias dos tribunais e dos juízes. MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 117-118.

⁶³⁸ 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

O exposto evidencia a necessária revisão da função jurisdicional (de *ius dicere* a *ius facere* e, por fim, a *auctoritas*) em virtude de sua crescente complexidade, transformando-se de uma simples técnica procedimental de resolução de conflitos⁶³⁹ individualizados para um *locus* privilegiado do exercício participativo da cidadania (jurisdição democrática/horizontal), cenário em que, mais do que resolução dos feitos *sob iudice*, restam efetivadas políticas públicas. Esse novo contexto⁶⁴⁰, reponsável pela concretização das promessas constitucionais incumpridas (ampla tutela de direitos e garantias fundamentais/humanas), perpassa o famigerado tecnicismo legal (forma e procedimento – eficiência) em busca da hermenêutica constitucional (substância e conteúdo – efetividade), procedimento que, em nome da construção compartilhada de uma solução eficaz, deve ser assegurado pela jurisdição

creación jurídica. AROCA MONTERO, Juan. **Introducción al derecho jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. p. 53-54.

⁶³⁹ Los 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. DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago: Jurídica del Chile, 1986. p. 176-177.

⁶⁴⁰ Se habría intentado decir que el derecho es en el mundo de las formas visibles lo que el arte es en el mundo de las formas invisibles. Se comprende, por consiguiente, que cuando se habla de formalismo no se puede entender como una inconcebible y absurda crítica a las formas jurídicas. No habría necesidad de decirlo, pero los equívocos son siempre posibles: el formalismo no debe confundirse con la legalidad y el principio de legalidad que está absolutamente fuera de cuestión, y mucho menos la crítica del formalismo se puede desarrollar bajo el signo de la vaga aspiración a una justicia sustancial, en rebelión abierta a larvada a la voluntad de la ley. SATTA, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-America, 1973. p. 52.

horizontalizada, momento em que as partes passam a assumir relevante papel quando da legitimação da decisão a ser construída (paridade) pelos partícipes sociais.⁶⁴¹

Para tanto a jurisdição⁶⁴² resta redimensionada em sua função, buscando a necessária efetivação de novos direitos, o que se dá em virtude dos fundamentos hermenêuticos manifestados pela dinâmica jurisdiccional, transição do *ius dicere*⁶⁴³/*ius facere* para a ideia de *auctoritas*, procedimento que resta justificado/fundamentado pela legitimidade democrática processual concretizada na decisão⁶⁴⁴. Trata-se de uma dimensão processual democrática que propugna apresentar, em seu bojo, a força da *auctoritas*, tendo como fundamento a ideia de um poder legítimo, nesse novo contexto passa a ser socialmente reconhecido como o novo *locus* participativo, acarretando uma releitura das funções jurisdicionais, momento em que a

⁶⁴¹ La 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**, [S.l.], n. 8, p. 89-108, 1994.

⁶⁴² A 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 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 jurisdiccional deve operar. SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 36-37.

⁶⁴³ De 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 MONTERO, Juan. **Introducción al derecho jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. p. 45.

⁶⁴⁴ No 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 genearis* (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 jurisdiccional. 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.

legitimidade imputada ao Estado Juiz (modelos de jurisdição moderno e constitucional) resta, nessa nova fase, dimensionada na figura social da decisão policêntrica, função jurisdicional compartilhada pautada na eficaz e necessária dinamicidade democrática, restando produzida e permeada pela participação horizontal dos partícipes pelo e no Processo, apresentando o objeto do debate como um importante *locus* de exercício da cidadania⁶⁴⁵, sendo relevante, para tanto, a compreensão da distinção entre silogismo, motivação e fundamentação, temáticas que, muito embora de forma pueril, passam a ser enfrentadas nesse estudo.

Conforme restará demonstrado, pelo menos assim espera-se, as terminologias em comento têm como condão apresentar elementos de estruturação da pretensa legitimidade de um comando de força quando da Construção de uma Tutela Jurisdicional Policêntrica. Para tanto, resta premente analisar os ditames que compreendem o tema sob análise, o que será feito no intuito de demonstrar que a primeira (Silogismo), para o presente estudo, resta gestada em um modelo centralizador do Poder Estatal Moderno (Resposta do Estado/Legislador – Tutela Jurisdicional do Estado – Silogismo – *ius dicere*), enquanto que a segunda modalidade (Motivação) propõem a efetivação jurisdicional constitucional (Resposta do Estado/Juiz – Solipsista – *ius facere*) e a terceira (Fundamentação) propõem a estruturação contextualizada (filosófica, fática e fenomenológica) da força de um Poder que (Pós-Moderno) objetiva perpassar a figura do Estado, Poder que retorna aos reais legitimados democráticos, ou seja, aos verdadeiros cidadãos (Resposta como Construção Coletiva – Tutela Jurisdicional Democrática – Hermenêutica – *auctoritas*).

⁶⁴⁵ Las 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 OTERO PARGA, Milagros. **La responsabilidad social de la función juzgadora**. 1. ed. Toluca: Tribunal Superior de Justicia, 2003. p. 31. Disponível em: <https://www.tribunalqro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=6&cronicaJudicial=1>. Acesso em: 26 nov. 2018.

Assim, iniziando o estudo dos temas, importante compreender que o silogismo, pautado na construção moderna de jurisdição delineada pelo *ius dicere*⁶⁴⁶ corresponde, de forma mecânica, a incidência da regra aos fatos, também conhecida como subsunção jurídica. A Motivação, por sua vez, apresentando-se como mecanismo de efetivação constitucional, acabou por abrir a interpretação (neoconstitucionalismo – panprincipiologismo) ensejando um ativismo nocivo fruto do solipsismo dos juízes (*ius facere*). A Fundamentação, fruto de uma jurisdição democrática horizontalizada trata de uma construção pós-moderna do direito, apresentando-se como condição de possibilidade de interpretação hermenêutica filosófica que oportuniza, nos moldes do disposto no presente estudo, a efetivação do direito, apresentando ao cidadão ativo a estruturação de uma interpretação hermenêutica do fenômeno conflitual desvelando, em sua textualidade e contextualidade, o novo direito a ser garantido (*auctoritas*) por uma nova estrutura jurisdicional, expediente legitimado pela necessária fundamentação fática fenomenológica. Assim a fundamentação, fruto da dinamicidade democrática, rompe com o rigorismo metodológico do silogismo discricionário (subsunção processual) e com a

⁶⁴⁶«Dire il diritto» vuol dire, in questa prospettiva ‘positivistica’, *saper far credere* che questa ‘dizione’ consista nella símplice 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 *jurisdictio* 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 kantorowicziana, che la magistratura si configura come il secondo corpo del re. È un evidente paradosso se si ritiene, con l’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 occulta e si nega come tale. S’impone allora la necessità di qualificare il potere giurisdizionale come potere occulto. Questa natura arcana 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. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 300 e 304-305.

abertura valorativa do solipsismo arbitrário (motivação processual), oportunizando novos horizontes.

É nesse reconstruir democrático da decisão quando da resolução dos problemas sociais que se faz necessário compreender o real significado dos dispositivos legais, dentre os quais, merece relevância o disposto no tocante aos elementos “estruturais” de uma decisão, que a nível mundial restam concebidos como: o relatório, a fundamentação e o *decisum*. A legislação pátria ao tratar do tema (art. 489 § 1º do NCPC⁶⁴⁷) aponta critérios quanto a decisão fundamentada, o que faz de forma científico dedutivista⁶⁴⁸, ensejando preocupações quanto a

⁶⁴⁷ **Art. 489. São elementos essenciais da sentença:** I - o relatório, que conterà 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.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 26 out. 2018.

⁶⁴⁸ La 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

sua configuração, principalmente pelo fato de, muito embora apresentar a necessidade de fundamentação das decisões, resta ainda vinculado a ideia de motivação e argumentação, termos que, salvo melhor juízo, demonstram apego a sistemas positivistas e jusliberistas, acarretando mixegenações teóricas complexas.

A fundamentação, elemento complexo que resta estruturado pelo processo democrático como um importante marco de legitimação das decisões judiciais participativas, quando da busca da efetivação de novos direito, diverge (como narrado) da motivação, sendo esta um elemento de artificialidade da democracia representativa, responsável por neutralizar o ato jurisdicional, retirando da esfera de decisão o papel primordial (constitucional) do contraditório e da ampla defesa, mantendo um modelo de decisão judicial dualista verticalizado, procedimento que vai de encontro a democracia participativa uma vez que nesta a jurisdição exige, da dinâmica fruto do objeto do debate processual, uma decisão policêntrica (contextualizada), construída fática e fenomenologicamente pelas partes que, compartilhando poder, possuem, com o juiz, responsabilidade pelo deslinde do feito (relação sujeito/sujeito – ativos responsivos). É nesse contexto que a fundamentação da decisão⁶⁴⁹, em uma dinâmica processual participativa, legitima o exercício de um poder investido de *auctoritas*, elemento que permite à jurisdição democrática/horizontal não só superar os meandros do Estado Legislativo/Juiz/Constitucional, como redimensionar a efetiva participação democrática dos cidadãos ativos (horizontalização/participação).

Para tanto, a decisão policêntrica passa a responder ativa e responsivamente as questões que lhes são trazidas como fenômenos conflituais, sendo importante, nesse contexto, analisar a amplitude dos termos que permeiam a temática. Assim, o termo decidir, pela proposta apresentada, deixa de ser um ato unilateral (Estatal) para transformar-se em uma construção participativa (ágora) dos interessados na lide, estes na qualidade de novos atores sociais que, horizontalizando sua efetiva participação democrática, veem a jurisdição como novo *locus* democrático, tornando-se protagonistas na construção do deslinde do feito,

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 proces civil**. 2014. f. 182-184. (Thèse Docteur en Droit) -- Université de Pau et des Pays de L'adour, Mont-de-Marsan, 2014.

⁶⁴⁹ Para 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 Universis as Austral de Chile**, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 9-35, dic. 2003.

momento em que o direito (*ius*) volta a ser distinto da letra fria da lei (*lex*), procedimento que, para restar efetivado, necessita de novos horizontes interpretativos deixando o senso comum teórico em busca da hermenêutica filosófica.

Para essa releitura do mundo jurídico, em que as partes (cidadãos) tornam-se, paripasso com os magistrados, protagonistas (partícipes do direito) e não mais meros consumidores de um Estado Legislador/Juiz/Constitucional (súditos legais/jurisprudenciais), resta premente compreender que a decisão (para que seja legítima) deve superar a visão moderna e perpassar a constitucional, visão esta responsável pela questionada cisão entre compreender e aplicar. Contudo, interpretar é dar sentido e não apenas reproduzi-lo como se o direito fosse apenas um conjunto de respostas dadas, razão pela qual compreender e aplicar são atos que, pela filosofia/linguagem, acontecem em um mesmo momento uma vez que o sentido não se descola do âmbito da compreensão.⁶⁵⁰

Para a hermenêutica filosófica, esse repensar interpretativo assume uma relevância muito mais profunda na medida em que a compreensão deve ser permeada pelo contexto, deixando o mundo gélido do simples *dever ser* Kelseniano, desvelando horizontes de sentidos⁶⁵¹ estabelecidos pela pré-compreensão de matriz fenomenológica⁶⁵². Conforme já narrado no decorrer do presente trabalho, esse novo contexto depende de uma reestruturação social em que as relações intersubjetivas (contextualizadas) devem superar a estrutura moderna construída de forma assujeitadora/abstrativizada (sujeito-objeto⁶⁵³) em busca de uma

⁶⁵⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 244 e STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 467, 277-278 e 119.

⁶⁵¹ En 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. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Filosofía hermenéutica y derecho*. **Azafra, Revista de Filosofía**, [S.l.], v. 5, p. 204, 2003.

⁶⁵² A 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.

⁶⁵³ La 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,

nova relação de reconhecimento das divergências só possível em um reconhecimento ético de reciprocidade e respeito (sujeito/sujeito). É com esse desiderato que a teoria hermenêutica filosófica, proposta por Streck, objetiva a superação dos paradigmas rígidos pautados na cientificidade do Estado Moderno⁶⁵⁴, o que é feito em busca da desobjetificação pautada nos pensamentos que permeiam o círculo hermenêutico, desvelando-se (quando da análise fenomenológica⁶⁵⁵) as verdades absolutas permeadas pelo senso comum teórico.⁶⁵⁶

Com fulcro nesse modo de compreender os contextos sociais é que deve romper-se a possibilidade de silogismos/subsunções e deduções solipsistas/abstrativizadas, sendo o sentido um existencial do *Dasein* e não, como apresentado pelas estruturas que permeiam os Estados Moderno e Constitucional, uma antecipação em que a compreensão de um texto é fruto da subjetividade do julgador (Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado – Silogismo/Solipsismo). Ao contrário, a compreensão deve ser determinada pelo contexto da comunidade que os une pela tradição, relação que está submetida à uma jurisdição (democrática) de contínua transformação (Construção de uma Tutela Jurisdicional Democrática – Hermenêutica Filosófica),⁶⁵⁷ fruto de um contato efetivo em um contexto de descentralização do poder estatal. Para 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,⁶⁵⁸ evidenciando a importância da consciência histórica incorporada à tradição que, somados, oportunizam o momento ontológico da compreensão.⁶⁵⁹ Para tanto, a

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**. 2001. f. 204. Cáceres: Edit. Universidad de Extremadura Servicio de Publicaciones, 2001. (Tesis Doctoral, Derecho de la Universidad de Extremadura, Cáceres).

⁶⁵⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Filosofía hermenéutica y derecho. **Azafea, Revista de Filosofía**, [S.l.], v. 5, p. 203, 2003.

⁶⁵⁵ La lógica del círculo hermenéutico implica que comenzamos nuestra indagación con algunas expectativas de sentido generales que se van articulando 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. KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, aplicación y comprensión**. 1. ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. p. 61-62.

⁶⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 268 e 218-219.

⁶⁵⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Filosofía hermenéutica y derecho. **Azafea, Revista de Filosofía**, [S.l.], v. 5, p. 208, 2003.

⁶⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215-218.

⁶⁵⁹ 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,

interpretação apresenta-se como explicitação da compreensão estando ela (a compreensão) integrada à aplicação, terminologia esta (aplicação) que, na presente Tese, resta substituída pela construção coletiva da resposta democraticamente elaborada pelos partípes processuais.⁶⁶⁰

Esses novos partípes processuais, em busca da compreensão autêntica⁶⁶¹, necessitam de uma pré-compreensão pautada na historicidade fenomenológica que permeia o contexto social em que estão inseridos, razão pela qual ela (a pré-compreensão) deve ser vista como suporte do compreender, que serve de base sobre a qual o conhecimento possível se constrói como uma tensão permanente entre o geral (regra) e o particular (norma), de modo que é possível diluir esta tensão pelo círculo hermenêutico que deve restar fundamentado por princípios.⁶⁶² É nesse contexto que a interpretação jurídica articula é articulada pela pré-compreensão, responsável pela fusão de horizontes histórico-culturais de determinada tradição⁶⁶³ (princípios), o que deve ser feito em busca do que resta concebido por uma verdade autêntica. Contudo, em um mundo complexo que permeia a estrutura jurídica vigente, o desvio da hermenêutica filosófica pode acarretar os *pré-juízos* que, para a corrente em comento, seriam as verdades inautênticas fruto de pré-conceitos (abstratos) pautados em um senso comum teórico descontextualizado, soma de elementos que caracterizariam uma decisão arbitrária/discrecional uma vez que pautada em conceitos universalizantes⁶⁶⁴, nos moldes do vivenciado, cada um em seu tempo e modo, pelos Estados Moderno e Constitucional.

A construção histórica fenomenológica da compreensão permite, ao Processo Pós-Moderno, o desvelar dos problemas sociais pelo exercício do contraditório e da ampla defesa apresentando-se como um importante fundamento democrático para interpretação dos textos em um determinado contexto. É com fulcro nesses elementos que a construção de uma decisão

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. STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 55-56.

⁶⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 450.

⁶⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 226.

⁶⁶² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Filosofía hermenéutica y derecho. **Azafea, Revista de Filosofía**, [S.l.], v. 5, p. 209, 2003.

⁶⁶³ VIOLA, Francesco. Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto. **Etica & Política/ Ethics & Politics**, [S.l.], 2006. Disponível em: http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf Acesso em: 10 dez, 2018.

⁶⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. ,1 p. 4p. 288 e 348-349.

policêntrica representa a abertura de horizontes para que se realize nela o objeto do debate processual (dinâmico) proporcionando, pela compreensão histórica (tradição) compartilhada (diálogo), a necessária fusão de horizontes que deve pautar a interpretação fática e fenomenológica responsável pelo desvelar do *ius* e não mais apenas pelo aplicar descontextualizado da *lex*, uma vez que o fenômeno existencial, diverso do texto, não se satura⁶⁶⁵. É nesse caldo de cultura pós-moderna que a fenomenologia hermenêutica/hermenêutica filosófica passa a ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos⁶⁶⁶.

Essa nova leitura processual vai de encontro ao modelo formal/procedimental/legalista forjado em um Estado Legislativo (democracia representativa) equidistante dos fenômenos sociais⁶⁶⁷ e aprisionado em formalismo de um Estado centralizador que, ceifando direitos dos cidadãos, resta caracterizado por uma relação sujeito/objeto (Estado Objetificante). Neste,

⁶⁶⁵ El 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 deshancado 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**, [S.l.], año 24, n. 72, p. 11-24 e 14-15, Sept./Dic. 2004.

⁶⁶⁶ Esta 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: Losada, 1954. p. 80 e 81-82.

⁶⁶⁷ Temos 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 *práxis*, 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. **Revista Filosófica de Coimbra**, [S.l.], n. 11, p. 63-84 e 80-81, 1997.

reduzindo o direito à lei, a fundamentação restou substituída pela motivação (silogismo solipsita⁶⁶⁸ fruto do positivismo) oportunizando realidades contemporâneas em que a citação de um dispositivo legal e/ou jurisprudencial, para muitos, confundindo silogismo e motivação com fundamentação, ensejaria uma sentença legítima mesmo que, na maioria dos casos, sejam elas decisões monocráticas verticalizadas e descontextualizadas, momento em que o Estado Juiz (poder centralizado) o faz de forma abstrata e em descompasso com os fenômenos sociais/contextuais.

Objetivando rever esse sistema, vivenciado no Estado Moderno e Constitucional, é que pelo Pós-Moderno restam enaltecidos os elementos fáticos e fenomenológicos, provocando uma necessária releitura constitucional (de carta política à instrumento jurídico), momento em que os contextos sociais (círculo hermenêutico – historicidade e tradição) passam, na condição de pré-compreensão, a conduzir a interpretação contextualizada dos dispositivos legais/constitucionais a ponto de materializar novos direitos pautados em fundamentos principiológicos (e não mero silogismo e/ou motivações) como fruto de uma efetiva compreensão filosófica pautada em uma hermenêutica fenomenológica.⁶⁶⁹ É nesse contexto que a compreensão⁶⁷⁰ (fruto de pré-compreensão e não do pré-conceito) deve se estabelecer contextualmente⁶⁷¹ quando da formação do objeto do debate processual, elemento dinâmico⁶⁷² que oportuniza o necessário *locus*

⁶⁶⁸ El 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.** [S.l.], 2014. Disponível em: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁶⁶⁹ La 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.** 1. ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. p. 46.

⁶⁷⁰ Ahora 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 em 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.

⁶⁷¹ Si 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. **Nuevo Derecho**, Colombia, v. 5, n. 6, p. 20, Ene/Jun. 2010.

⁶⁷² Con 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

democrático propiciando, na e pela jurisdição (contraditório e ampla defesa) a estruturação social de novos direitos. Nesse contexto, a legitimidade (perpassando a democracia formal/vertical em busca da participativa/horizontal) ocorre pela fundamentação contextualizada (compartilhada) da decisão, esta (agora) como fruto de uma interpretação hermenêutica policêntrica, pautada em princípios que ensejam uma pré-compreensão (tradição/história) que possibilita a autêntica compreensão construída pela necessária fusão de horizontes⁶⁷³ (*auctoritas*)⁶⁷⁴. A legitimidade está na fundamentação democrática participativa e não, apenas, nos ditames constitucionais fruto da democracia representativa.

Para a corrente adotada por Luigi Ferrajoli e Lenio Luiz Streck compete ao Judiciário a interpretação e aplicação das regras ao caso em concreto, sendo de sua competência a efetivação da norma jurídica, entendendo (o segundo autor) que esse procedimento deve ser feito pela interpretação⁶⁷⁵ fática e fenomenológica pautada na hermenêutica filosófica⁶⁷⁶.

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. 1. ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007. p. 73.

⁶⁷³ Per 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? **Etica & Politica/ Ethics & Politics**, [S.l.], p. 1-2, 2006. Disponível em: http://www2.units.it/etica/2006_1/CANALE.pdf. Acesso em: 05 set. 2018.

⁶⁷⁴ Así, la legitimidad de una sentencia judicial depende, en grandísima medida, de cómo esta sentencia sea fundamentada. SALAS, Minor E. **¿Qué significa fundamentar una sentencia?** [S.l.], 2006. Disponível em: <https://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁶⁷⁵ Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual [...] Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente. (grifo do autor). HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23.

⁶⁷⁶ A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos são, assim, questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia

Contudo, para ambos o Poder Judiciário não legisla, apenas interpreta e aplica os dispositivos legais tendo como fundamento os princípios constitucionais. Para a corrente defendida pelos autores em comento, a democracia substancial compreende a efetivação da democracia constitucional, soma das liberdades negativas e positivas, momento em que os interessados devem buscar no Poder Judiciário a concretização dos direitos desde que assegurados constitucionalmente⁶⁷⁷ e obedecidos os procedimentos legislativos para tanto, teoria fundamentada na democracia representativa verticalizada.

Muito embora essa sistemática tenha possibilitado uma significativa ampliação no número de partícipes do jogo político, propiciando um novo significado para o termo cidadão, bem como tenha ampliado os espaços em que as discussões deveriam ocorrer, a manutenção de centralização do poder nas mãos do Estado tem frustrado a efetiva concretização das promessas constitucionais. Necessário registrar o relevante papel social dessa sistemática que propiciou não só o aumento dos partícipes e dos espaços em que essa participação deveria ocorrer, mas, principalmente, da preocupação com a substância/conteúdo das discussões democráticas, fato este que tem fomentado o nascedouro de novas preocupações sociais que, por sua vez, ensejam discussões que propugnam a necessidade de novos direitos, razão pela qual, necessário se faz reformular o conceito democrático, agora perpassando os modelos liberais, sociais e constitucional, propiciando a revisão dos espaços tradicionais. Trata-se de um modelo participativo, momento em que a jurisdição tem se mostrado como o verdadeiro *locus* de efetivação dos direitos fundamentais e concretização dos novos direitos, tendo como mote a descentralização do poder jurisdicional (decisão policêntrica).

Inobstante a proximidade quanto a compreensão hermenêutica dos autores apresentada no presente estudo, necessário se faz esclarecer que a importância da concretização das normas constitucionais (promessas não cumpridas) pelo judiciário faz parte da responsabilidade estatal quando da Entrega da sua Tutela Jurisdicional. Contudo, ponto mais complexo da discussão diz respeito ao alargamento dessa esfera de competência. Os autores Ferrajoli e Streck, ao tratarem da temática, mantém a preocupação quanto a legitimidade centralizadora do Estado/Juiz para a Entrega da Tutela Jurisdicional, compreendendo esta

Hermenêutica. STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 183.

⁶⁷⁷ Só a constituição democrática é autêntica e normativa, pois apenas ela consegue limitar efetivamente a ação do poder, entrelaçando validade e legitimidade [...]. a Legitimidade da constituição é interna, não apenas externa, pois na democracia constitucional é impossível separar validade da legitimidade, ou seja, a criação e o conteúdo da norma. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 17-18.

tarefa como função única e exclusiva (procedimento⁶⁷⁸) do Estado/Juiz (confusão entre legitimidade substancial/participativa/horizontal e autoridade formal/procedimental/vertical). O questionamento que preocupa o estudo objeto da presente Tese, trata da legitimidade da decisão (participativa/horizontal) que deixa de ser fruto de mera/simples autoridade (representativa/vertical), permitindo a construção (e não mera entrega) de uma decisão que abarque, também, interesses desprotegidos pelas regras produzidas pelo Estado Legislador, ou seja, por inércia de um (ou mais) poder(es) constituído(s). Contudo, para os autores em comento, o Judiciário não teria competência para efetivar novos direitos, mas, sim, tão somente concretizar os já descritos na magna carta e regras infraconstitucionais.

É nesse âmbito dos ditos novos direitos que a Tese objetiva reestruturar a ideia de legitimidade que, como já narrado nos tópicos anteriores, o estudo dimensiona não mais no Judiciário e/ou Juiz, mas, sim na decisão policêntrica. Ainda assim, resta perguntar: A decisão judicial pautada no contraditório e na ampla defesa, é legítima para criação de novos direitos ou apenas para a concretização dos direitos constitucionalizados? Somados ao contraditório e a ampla defesa, o objeto do debate processual legitimaria, pelas partes (democracia participativa/horizontal) a decisão para a efetivação (*auctoritas*) de novos direitos nos casos em concreto? Quais os elementos da dinâmica jurisdicional que legitimariam essa construção social?⁶⁷⁹ A legitimidade democrática participativa, compreende apenas a efetivação de novos direitos (normas) ao caso em concreto ou (também) a criação de regras gerais e abstratas?

O tema ganha relevância diante das recentes polêmicas fruto das decisões judiciais que acabam, dependendo da teoria utilizada, avocando (ou não) responsabilidades dos demais

⁶⁷⁸ O proceduralismo jurídico arraigado no processo público, que se assemelha ao absolutismo do espírito da época em que vigorava a jurisdição privada do processo, é o resultado da força dos costumes sociais baseados em uma forma de asserção da legitimidade estatal na interferência das ondulações sociais da vida social, cujo antagonismo se manifesta pelas correntes antiformalistas. SATTI, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973. p. 51.

⁶⁷⁹ Les conflits sont la plus grande plaie de l'ordre 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 réclamé! 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 occasion 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 indèpendant: il a une juridiction qui lui est propre, et dans aquelle il faut bien apparemment qu'il ait le pouvoir de se maintenir. DUPIN, M. **Opuscules de jurisprudence**. Paris: Auguste Durant, Libraire, 1851.

poderes (separação/divisão/compartilhamento), o que é feito com o intuito de garantir os chamados direitos fundamentais. É nesse contexto que o estudo, tratando do tema, buscará compreender a existência (ou não) de limites quanto essa pretensa legitimidade das decisões judiciais. Podem elas criar todo e qualquer novo direito ou apenas garantir os já existentes?

Conforme demonstrado nos primeiros capítulos, a evolução estatal apresentou importante alteração na estruturação da convivência em sociedade, momento em que os indivíduos de súditos, passaram a categoria de cidadãos e como tais não mais apenas defendem-se dos demais indivíduos e do próprio Estado como, agora, neste último buscam direitos que restam concebidos como fundamentais, trata-se de uma nova realidade jurídica em que o Estado passa a ter responsabilidades quanto a efetivação/concretização/criação (!?) desses novos direitos (dimensões). Para tanto, restando inertes⁶⁸⁰ os poderes constituídos, os cidadãos passaram a buscar no Estado, mais especificamente na Jurisdição, a garantia de concretização das promessas (não cumpridas) constitucionais. Nesse ponto, resta evidente a responsabilidade do Estado em cumprir o disposto na magna carta, seja pelo Executivo (legitimado democraticamente para tanto pela democracia representativa vertical) seja pelo Judiciário (legitimado democraticamente de forma vertical/horizontal!?), o que não era possível no Estado Moderno, mas começou a ser permitido no Estado Constitucional (distinção entre separação e divisão de poderes).

É nesse sentido que a responsabilidade social, hoje compartilhada, permite aos interessados a busca/construção da Tutela Jurisdicional, em especial em uma sociedade complexa e em significativa evolução, fato este que acarretou em exponencial aumento das demandas processuais, momento em que as decisões judiciais passaram a ampliar competências. Esse novo contexto social é fruto de uma nova compreensão jurídica, momento em que as partes, mais conscientes de seus direitos (objetivos e subjetivos) não mais aguardam que o Estado (por impulso do Legislativo e/ou do Executivo) cumpra sua parte no pacto social e, não restando supridas as suas necessidades pelas políticas públicas institucionalizadas (que tratam a constituição ainda com carta política) passam a intervir judicialmente (constituição como instrumento jurídico), o que fazem pela jurisdição

⁶⁸⁰ Mas, 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. 104-105.

horizontalizada das partes (um novo *locus* para o exercício democrático, não apenas representativo, mas, agora participativo). Nesse contexto, a decisão, perpassando a ideia de silogismo/motivação, deve ser fundamentada, expediente fruto de um diálogo (histórico/fenomenológico) que enseja a necessária compreensão (autêntica) hermenêutica.⁶⁸¹

O protagonismo Estatal (Processo Vertical Formal/Estado Moderno e/ou Substancial/Estado Constitucional) agora deve ser exercido pelas partes (Jurisdição Horizontal/Participativa/Estado Pós-Moderno), momento em que a comunidade, compreendendo sua importante responsabilidade social, não mais aceita respostas prontas de um Estado Legislador/Juiz/Constitucional (centralização do poder), fato que o torna não mais consumidor de uma lei técnica/formal/procedimental (*lex*), mas, sim, partícipe da efetivação de um direito contextualizado/real/substancial (*ius*), sistemática só possível com a necessária ampliação participativa da sociedade (deixando o individual em busca do coletivo) na tomada de decisões, momento em que os efeitos na atividade jurisdicional, perpassando a eficiência e a efetividade, quiçá, caminhem em busca da eficácia.^{682 683} É nesse contexto que a função jurisdicional se manifesta no seu ápice quando da construção da sentença que, em uma decisão democrática pós-moderna, resta legitimada pelo contraditório no momento da resolução prática dos problemas sociais, estrutura em que o juiz e o judiciário, deixando o protagonismo, são partícipes de uma jurisdição compartilhada, em que as partes assumem

⁶⁸¹ El 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. 160-162.

⁶⁸² A crise da Razão jurídica comprometeu essa eficácia normativa: a força da regra de direito não provém mais de ser ela formulada como uma ordem obrigatória, à qual todos são obrigados a se submeter; a regra de direito depende doravante do consenso de que é cercada. Esse consenso supõe que os destinatários sejam partes integrantes de sua elaboração: a concertação prévia, a participação na definição da regra torna-se a garantia de sua legitimidade; o direito toma-se, desse modo, um direito negociado, que é o fruto de uma deliberação coletiva. A uma legitimidade intrínseca, fundada sobre a representação do direito como encarnação da Razão, sucede uma *legitimidade procedimental* (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: Fórum, 2009. p. 163-164.

⁶⁸³ BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. **Civil Procedure Review**, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 51, sep./dec. 2010.

importante papel democrático/participativo, garantindo a necessária *auctoritas* quando da resolução do feito, perpassando assim a ideia de *ius dicere*⁶⁸⁴ e *ius facere*⁶⁸⁵.

Nesse sentido, a Jurisdição Pós-Moderna propicia uma releitura democrática participativa horizontalizada (partes e juiz), viabilizando o necessário compartilhamento de responsabilidades, momento em que o fundamento fático/fenomenológico (e não mera motivação e/ou silogismo) possibilita a legitimação da decisão judicial (compreensão hermenêutica/autêntica) eis que fruto de um contexto (pré-compreensão) em que as partes restam reconhecidas (historicidade e tradição) como verdadeiros cidadãos (democracia horizontal – relação sujeito/sujeito) e não mais como mero povo ícone/legitimador (democracia vertical – relação sujeito/objeto), transformando-se, portanto, de consumidor de regras (*lex*) em responsável pela criação do direito (*ius*).^{686 687}

Esse novo ator social, consciente de sua responsabilidade política/jurídica, passou a configurar uma importante releitura democrática (relação sujeito/sujeito) ao reconhecer-se como sujeito de direitos (objetivos e subjetivos) na esfera judicial, modificando seu *status* e

⁶⁸⁴ Y 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 [...] se dice que la sentencia es como la ley del caso concreto, la *lex singularis*, la norma individualizada. EISNER, Isidoro. **La intermediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963. p. 10-11.

⁶⁸⁵ 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. 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. CARNOTA, Walter F. Responsabilidad social de los jueces. **Editorial Infojus**, [S.l.], p. 243-244. Disponible en: www.infojus.gov.ar. Acceso en: 10 dez. 2018.

⁶⁸⁶ 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. RAMÍREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.19, p. 1-19, 2007. p. 1-19.

⁶⁸⁷ “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”. FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en las crisis del Estado Nacional. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (org.). **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 110.

funções por meio da Jurisdição⁶⁸⁸, essa agora compreendida como um novo *locus* do exercício da democracia, tornando-se responsável pela Efetivação Democrática/Participativa de um direito fruto de um Poder Compartilhado em que exige-se fundamentação fática e fenomenológica (hermenêutica constitucional) e não mais mera Entrega (motivação) de uma Tutela Jurisdicional do Estado.⁶⁸⁹

Importante registrar, nos mesmos moldes do já exposto por Ferrajoli e Streck, que o estudo em comento não compreende a possibilidade de uma decisão judicial solipsista, pelo contrário, combate esse procedimento uma vez que não entende legítima, muito embora reste verificado na prática a ideia de um juiz garantidor ou criador de direitos alternativos. Assim, muito embora o presente estudo compreenda diversas as terminologias discricionariedade e arbitrariedade, para muitos seriam apenas mecanismos de fuga do rigor legislativo, ou seja, objetivam desviar-se da vontade do Estado/Legislador pela pretensa vontade do Estado/Juiz. Contudo, como narrado no presente estudo, a proposta apresentada compreende que a legitimidade não mais é concebida nas mãos do Judiciário e/ou Juiz⁶⁹⁰, mas na decisão policêntrica, razão pela qual a efetivação do direito nesse contexto jurisdicional democrático participativo escapa dos atos volitivos que permearam a Alemanha (período das jurisprudências e movimento do direito livre), pelo fato de exigir efetiva fundamentação e não mera argumentação e/ou motivações, ou seja, trata-se de um sistema em que restam aumentadas as responsabilidades das partes (não mais meros consumidores legislativos) não diminuindo (nem ampliando) as funções/poderes do juiz, mas, sim delimitando, pela necessidade de fundamentação. Quanto maior sua responsabilidade fruto de um poder compartilhado, envolvendo o juiz pelo contraditório produzido pelas partes, mais propensa à

⁶⁸⁸ Para 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**. [S.l.]. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/HaerberleRom.doc>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁶⁸⁹ As 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**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 137-138.

⁶⁹⁰ Pelo fato de que o “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. 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. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 199. p. 46.

efetiva resolução democrática/participativa dos problemas sociais seja no reconhecimento/efetivação/concretização dos direitos não cumpridos, e previstos na magna carta, seja na necessidade de efetivação de novos direitos, estes fruto de uma construção coletiva/social, portanto democrática/participativa. Importante, para o desiderato proposto, superar o sentido meramente motivacional/argumentativo da decisão fruto de um *ius dicere/facere*, restando necessário um cidadão ativo que, retirando a monopolização política centralizada no Estado, compreenda seu verdadeiro papel jurisdicional, superando o velho adágio jurídico: “*dai-me os fatos que lhe dou o direito*”. Esse novo modelo proposto pelo estudo em comento (*ius*) não mais trata de uma simples oferta estatal⁶⁹¹ (*lex*), mas, sim, uma conquista popular em um novo, e privilegiado, *locus* para o exercício da cidadania na busca pela construção do direito (*ius*).

É com fulcro no exposto que a jurisdição passará a ter *auctoritas*, perpassando o solipsismo neoconstitucionalista que propiciou a transição do *ius dicere* ao *ius facere*, representando uma releitura democrática que, sem excluir a democracia representativa (Estados Modernos e Constitucional), objetiva a conquista de um poder democrático/participativo (Estado Pós-Moderno), procedimento que resta concretizado pela dinâmica processual/democrática que, fundamentado na compreensão hermenêutica, propicia o necessário e salutar reconhecimento da evolução social com a configuração/efetivação de novos direitos.⁶⁹²

O procedimento narrado é fruto de uma evolução política e jurídica em que a legitimidade para efetivar o direito, conforme descrito nos primeiros capítulos deste trabalho, transita entre os poderes constituídos, inicialmente do Rei ao Parlamento e, na sequência, do Parlamento ao Executivo e deste ao protagonismo do Judiciário. Nesse novo contexto proposto pela Tese, oportunizando uma nova transição do poder, resta ele descentralizado da

⁶⁹¹ 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 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. OLLERO, Andres. **Interpretacion del derecho y positivismo legalista**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982. p. 165.

⁶⁹² La 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.

figura do Estado em busca de um reconhecimento democrático participativo em que os legítimos interessados (cidadãos) passam a exercê-lo por um novo modelo de jurisdição⁶⁹³, perpassando a ideia de entrega em busca da construção de um tutel, o que é feito com o intuito de reconhecer as necessidades reais apresentadas pelos fenômenos sociais⁶⁹⁴, momento em que (perpassando os ideais de eficiência e efetividade) direciona sua busca pela eficácia do/no direito pelo mecanismo jurisdicional, procedimento que (sem excluir a forma e o procedimento) preocupa-se com o conteúdo e a substância dos atos processuais, estrutura em que o ativismo resta não deslocado dos juízes, mas compartilhado com os partícipes (cidadãos conscientes de seus direitos objetivos e subjetivos) que, de simples indivíduos consumidores de um processo antidemocrático (abstrato e de respostas prontas: “*dai-me o fato que lhe dou o direito*”) que permeou o Estado Moderno, resta reconfigurado por uma significativa ampliação normativa fruto de um novo contexto jurídico (Pós-Moderno) fundamentado por uma construção jurisdicional pautada em uma hermenêutica filosófica e fenomenológica.

A proposta em comento é um contraponto não só ao positivismo jurídico, procedimento em que os juristas, “imparciais e neutros^{695 696}”, não deveriam pré-ocupar-se

⁶⁹³ Há 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 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 se 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**, Rio de Janeiro, v. 56, p. 20-21, 4º Trim. 1987.

⁶⁹⁴ [...] 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 [...]. SATTA, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973. p. 292-293.

⁶⁹⁵ 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. PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 2013. f. 5. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

⁶⁹⁶ Mas, 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

com a construção normativa eis que as leis lhes eram entregues (prontas) pelo Poder Supremo (Legislativo de Locke) perfeitamente acabadas, dando azo ao que hoje resta concebido pelo termo Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, ou seja, ao magistrado caberia apenas entregar (de forma mecânica e passiva) algo já pré-concebido sem análise do caso em concreto (Positivismo Jurídico), bem como ao período das Jurisprudências e do Movimento do Direito Livre (ambos) da Alemanha e do Realismo Jurídico Norte Americano, período em que ocorre o protagonismo judicial, juízes libertos das amarras legislativas passam a criar (ato volitivo – solipsista) o direito pautados em sentimentos pessoais, ou seja, transição da dedução lógica (silogismo) para atos de vontade (liberdade) do Judiciário. Assim, a ideologia da segurança jurídica⁶⁹⁷ que advém com o racionalismo científico busca frear as arbitrariedades/discricionariedades dos Legisladores e Juízes propiciando pensamentos que configuraram a ideia que permeou a mecanicidade jurisdicional presente (e ainda viva) em significativos períodos da história do direito, ou seja, ambos os procedimentos descritos neste parágrafo (cada um a seu tempo e modo⁶⁹⁸) vão de encontro a proposta de Tese em desenvolvimento no presente estudo que, compreendendo a importância do processo democrático, apresenta, como já narrado, uma releitura em que o Direito (*ius e não apenas lex*), redimensionado por uma revisão da compreensão/limites do poder, transitam da ideia de divisão (e não mais separação) à ideia de compartilhamento/descentralização de poderes.

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.

⁶⁹⁷ La 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 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**, [S.l.], n. 28, p. 100-101, 2012.

⁶⁹⁸ [...] 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. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, acción y proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. p.125.

Agora a construção policêntrica das tutelas deve ser fruto de uma decisão legítima, desde que compartilhada pelos partícipes sociais/democráticos (não mais se discute legitimidade do judiciário e/ou do juiz). Nesse contexto, a decisão, nos moldes do proposto, transforma-se em um *locus* privilegiado, verdadeira ágora para o exercício da cidadania, espaço em que não só se concretizam direitos assegurados constitucionalmente pelo Estado Legislador/Constitucional como, também, quando pautado em direitos fundamentais e respaldados por mecanismos processuais como o contraditório e a ampla defesa, possibilitam a efetivação (compartilhada) de novos direitos⁶⁹⁹, estes como frutos de uma hermenêutica⁷⁰⁰ filosófica (fática e fenomenológica) compreendida em um contexto policêntrico, interesses estes manifestados no caso concreto pelos legitimados democráticos para tanto (verdadeiros cidadãos).⁷⁰¹

Assim, conforme demonstrado no decorrer do presente estudo, as relações de poder desenvolvidas nas sociedades complexas estão sempre pautadas na compreensão da ideia de legitimidade quanto a pretensa possibilidade de criação das regras do jogo, contudo, importante frisar que a historicidade demonstra que, não raro, poucos são os cidadãos que,

⁶⁹⁹ 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. FULLER, Leon. **Anatomía del derecho**. Caracas: Monte Avila, 1969. p. 24-25.

⁷⁰⁰ Associada 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 carneiros 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.

⁷⁰¹ Pues 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. IBÁÑEZ, Perfecto Andres. Derecho y justicia en el siglo XXI, mas difícil todavía. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL - DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO XXI. Coimbra, 2003. **Anais...** Coimbra, 2003. p. 8-10.

efetivamente, participam desse procedimento (democracia representativa) sendo que a grande massa⁷⁰² o faz apenas no desempenho do voto, sendo tolhido dessa significativa parcela social a continuidade participativa no contexto político uma vez que restam (depois do voto) excluídas, pelos próprios representantes, das decisões sociais. É diante desta sistemática nefasta de exclusão social que essa parcela de indivíduos postos de soslaio (em especial os que não veem assegurados os seus direitos fundamentais pelos poderes constituídos) encontraram (nessa divisão/poder compartilhado e não mais separação entre os poderes⁷⁰³) uma forma de canalizar seus anseios políticos pelo processo e não mais pela participação política tradicional. Pelo descontentamento com os poderes constituídos⁷⁰⁴, em especial o Executivo, o Judiciário passou a ser concebido como um importante ferramentário, inicialmente, para concretização das promessas constitucionais não cumpridas e, nesse novo quadro social, agora para (também) efetivar (de forma compartilhada) pela decisão judicial um conjunto importante de novos direitos, sistema de judicialização e solução de conflitos que restam legitimados pelos partícipes sociais (democracia participativa), ou seja, é o sistema jurídico dando voz àqueles desprovidos⁷⁰⁵ de outros canais de comunicação. Para tanto o acesso democrático participativo, conforme discorre o estudo em comento, se dá pelo e no

⁷⁰² A *multidão*, de repente, tornou-se visível, e instalou-se nos lugares preferentes da sociedade. Antes, se existia, passava inadvertida, ocupava o fundo do cenário social; agora adiantou-se até às gambiarras, ela é o personagem principal. Já não há protagonistas: só há coro. [...] Não se entenda, pois, por *massas* só nem principalmente ‘as massas operárias’. Massa é ‘o homem médio’. Deste modo se converte o que era meramente quantidade – a multidão – numa determinação qualitativa: é a qualidade comum, é o mostrengo social, é o homem enquanto não se diferencia de outros homens, mas que repete em si um tipo genérico. [...] *Massa* é todo aquele que não se valoriza a si mesmo – no bem ou no mal – por razões especiais, mas que se sente ‘como todo o mundo’, e, entretanto, não se angustia, sente-se à vontade ao sentir-se idêntico aos demais”. ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. [S.l.]: Ebook, 2001. p. 61-63 e 69. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/ortega.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁷⁰³ [...] 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, otorgan 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. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 69.

⁷⁰⁴ [...] 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 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. RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento político e a filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996. p. 114.

⁷⁰⁵ Intuo que a madeixa que contém a resposta pode começar a desenveredar-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**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 1: A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade, p. 17.

processo⁷⁰⁶ pós-moderno⁷⁰⁷, momento em que o contraditório e a ampla defesa passam a legitimar a efetivação de normas (novos direitos) quando da análise do caso em concreto.⁷⁰⁸ Assim, negar esse poder compartilhado (policêntrico⁷⁰⁹) é também negar a legitimidade democrática processual dos cidadãos que permeiam uma sociedade em desenvolvimento e, conseqüentemente, dar-lhe caráter de massa no espaço político (povo ícone/legitimador), o que anula o debate e dificulta a necessária convivência social⁷¹⁰ (Democrática-Jurídica).

O Processo Pós-moderno surge como importante ferramenta para o exercício da cidadania, devendo ser exercida por um (necessário) cidadão ativo⁷¹¹ que, consciente de seu papel social, cobra do Estado a efetivação do direito (*ius*), exercendo papel pró-ativo na

⁷⁰⁶ O 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.

⁷⁰⁷ 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. NEVES, Castanheira A. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 172-173.

⁷⁰⁸ 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. ROURA, Eudald Carbonell. **La sociedad de la ignorancia y otros ensayos**. [S.l.], 2009. Disponível em: http://www.ub.edu/histofilosofia/gmayos_old/PDF/SociedadIgnoranciaCas.pdf. Acesso em: 05 out. 2018.

⁷⁰⁹ El hombre es un animal hermenéutico, porque habla, y por eso mismo la filosofía hermenéutica re-encuentra la unidad del hombre consigo mismo y con el mundo. D'AGOSTINO, Francesco. **Interpretación y hermenéutica**. Navarra: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1996. p. 43-44. Disponível em: http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf. Acesso em: 05 maio 2018.

⁷¹⁰ Contrariamente, 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**, [S.l., v. 1. 8, n. 1, p. 9-24 e. 17-18, 2015.

⁷¹¹ 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. TOURRAINE, Alain; KHOSROKHAVAR, Farhad. **A busca de si: diálogo sobre o sujeito**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 141.

tomada das decisões que permeiam uma necessária reestruturação social. O reflexo dessa releitura democrática é inevitável, pois acarreta uma nova cultura jurisdicional que resta marcada pela efetiva participação horizontal pautada pelo necessário reconhecimento de um contraditório forte (dialógico e dinâmico). Em uma sociedade plural, exige-se constante renovação do debate para a efetivação contínua⁷¹² dos elementos que permeiam o desenvolvimento social.⁷¹³

Para tanto, a criação do direito pelo e no processo democrático (pós-moderno) depende do desvelar, pela compreensão hermenêutica filosófica, do objeto do debate processual⁷¹⁴, em um expediente de valorização do contraditório e da ampla defesa. As partes e o juiz devem estar em um patamar de igualdade⁷¹⁵ (democracia horizontal)⁷¹⁶, momento em que a decisão judicial, superando os modelos moderno (inquisitorial) e constitucional (dispositivo), enaltece o objeto do debate (diálogo policêntrico horizontalizado) permitindo a necessária superação da filosofia da consciência em busca de uma decisão legítima/eficaz uma vez que resta, agora, fundamentada também pelos fatos e fenômenos⁷¹⁷ que permeiam o

⁷¹² No Estado de Direito, os direitos são idilicamente enumerados. A democracia precisa inventá-los na indeterminação da história e na permanência dos conflitos. 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.

⁷¹³ [...] 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. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 156.

⁷¹⁴ Y en un mundo en el que las relaciones sociales y económicas se hacen cada vez más complejas. Por esta razón, hemos considerado conveniente insistir sobre sus aspectos político y social. FAVELA, José Ovalle. **Sistemas jurídicos y políticos, proceso y sociedad**. In: KAPLAN, Marcos (comp.). **Estado derecho y sociedad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 140. (Serie Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, n. 3).

⁷¹⁵ [...] consigue, por encima del querer del particular y por encima del querer del Estado dentro del propio proceso. BERNAL Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 16-17.

⁷¹⁶ Esta 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 pacífica 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. 40, p. 21-22, 2017.

⁷¹⁷ 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

conflicto social (pré-compreensão que enseja a necessária compreensão autêntica) e, não mais, apenas motivada por argumentos abstratos (pré-conceito) fruto de elementos que margeiam o senso comum teórico.⁷¹⁸ Para tanto o processo⁷¹⁹ democrático pós-moderno, perpassando o seu aspecto forma/procedimental⁷²⁰, tem como mote/objetivo a concretização (eficácia) material/substancial⁷²¹, o que se faz em nome de uma pretensa superação das certezas dedutivas (silogismo jurídico)⁷²² e das incertezas volitivas (período das jurisprudências)⁷²³

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. RODOTÀ, Stefano. **Repertorio di fine di Secolo**. Roma: Laterza, 1992. p. 173-174.

⁷¹⁸ Desde 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. 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**, Madrid, n. 9, p.235-263, 2003.

⁷¹⁹ El 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. MONTAÑO BEDOYA, Julia Victoria. Constitución y judicialización del Proceso Judicial Civil Panamericano. In: ENCUENTRO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, 20., Santiago de Chile, 2007. **Anais Eletrônico...** Santiago de Chile, 2007. p. 3-4. Disponível em: http://www.institutoderechoprosesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colmbia.pdf. Acesso em: 05 maio 2018.

⁷²⁰ 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. AROCA MONTERO, Juan. **Introducción al derecho jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999. p. 53-54.

⁷²¹ 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. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, acción y proceso**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. p. 106.

⁷²² Incluso 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.

próprias do Estado Moderno, sempre na busca de efetivação de uma democracia mais participativa^{724 725}, transitando de um direito estático (*lex*) próprio da democracia representativa, para um direito vivo e dinâmico (*ius*) em um modelo democrático participativo⁷²⁶ que passa a constituir um Estado Pós-Moderno.

Assim, a proposta de democracia participativa propugna uma emancipação do indivíduo⁷²⁷ que, deixando a qualidade de súdito (consumidor de um direito estático – Estado Legislador/Juiz/Constitucional), reconstruindo pactos sociais compreende-se como um sujeito autônomo/cidadão (sujeito de direitos) que busca responsabilizar-se pelos resultados de seus feitos, ou seja, significa a transformação do sujeito como massa (povo ícone/legitimador) em um sujeito consciente de seu papel social democrático⁷²⁸, muito embora deixe de fazê-lo nas vias tradicionais (política partidária) e passe a fazê-lo no e pelo processo⁷²⁹ (pós-moderno/democrático).⁷³⁰

⁷²³ 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 interprete é em geral o jurisconsulto: os jurisconsultos presidiam a todos os momentos da obra do direito. Inventores de regras gerais, continuam sua tarefa no estágio do processo, aconselhando o juiz. O que é nesse momento a "interpretação"? Seu ofício não se reduz a reconstituir cientificamente o significado das leis. O intérprete, apoiando-se nas leis, vai mais longe do que as leis, continua o trabalho do legislador. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 148.

⁷²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

⁷²⁵ [...] 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.** [s.l.], 2013. p. 216. Disponível em: <http://www.adolfoalvarado.com.ar>. Acessado em: 08 maio 2018.

⁷²⁶ [...] 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. SANTOS, Boaventura Sousa. La transición postmoderna: derecho y política. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 06, p. 251, 2001.

⁷²⁷ Ver: WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e MULLER, Friederich. **Quem é o povo.** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo, 2003.

⁷²⁸ 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 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. 40, p. 40-42, 2017.

⁷²⁹ 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. 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,

Contudo, essa nova visão democrática do direito necessita transformar (culturalmente) um contexto processual arraigado ao individualismo liberal⁷³¹ que, permeando a modernidade, introjeta na figura do Estado Legislador (produtor de regras) a autonomia normativa e apresenta o indivíduo como consumidor dessas regras a quem a instituição garante apenas um direito subjetivo (se e no caso de existir um direito objetivo) tendo o juiz a função (única e exclusiva) de declarar (*ius dicere*) um direito pré-existente. Nesse contexto, em que o processo é compreendido como um simples instrumento de resolução (neutra e imparcial) dos problemas sociais, resta afastado (em nome da segurança jurídica) do objeto do debate processual todo e qualquer elemento social, sendo produzido em seu bojo, tão somente elementos de motivação e não, como na proposta democrática pós-moderna, a necessária fundamentação fática fenomenológica^{732 733}, assim também ocorrendo no contexto social de constitucionalização dos direitos ditos fundamentais (constituição vista apenas como uma carta política) que pouca efetividade tiveram, fato este demonstrado pelo cenário brasileiros cunhado por Streck como de Modernidade Tardia.

Para que ocorra a necessária transformação cultural (social/jurídica) no que diz respeito a reestruturação democrática processual participativa (perpassando o modelo representativo) resta premente a ressignificação da jurisdição, momento em que a complexidade social passa, também, a ser objeto do debate processual eis que, afastando os famigerados silogismos (decisão como declaração de regras abstratas) e solipsismos (decisão como resultado de atos volitivos/subjetivismo), restam dimensionadas na decisão os elementos fáticos e fenomenológicos próprios de uma interpretação fruto da hermenêutica filosófica procedimento que, pautado pelo contraditório e pela ampla defesa, oportuniza a efetivação (dinamicidade) de novos direitos uma vez que legitimada (a decisão judicial) pela ativa participação (democrática) dos reais interessados (sujeitos de direitos) na solução do feito, momento em que o juiz e as partes (verdadeiros cidadãos) atuam em pé de igualdade (democracia horizontal) em busca de soluções eficazes (e não apenas eficientes e efetivas)

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.

⁷³⁰ OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 40, p. 45-47, 2017.

⁷³¹ Ver: AROCA MONTERO, Juan; VELLOSO, Adolfo Alvarado (coord.). **Proceso civil e ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

⁷³² TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. 2009. f. 61. (Maestría em Filosofía) -- Cali: Universidad del Valle, 2009.

⁷³³ RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimiento político e a filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

para os interesses policêntricos que restam desnudados/desvelados pelo diálogo/debate processual, transformando a decisão judicial em uma verdadeira ágora⁷³⁴.

É nesse contexto que o NCPC apresenta, como “novidade”, a ideia de colaboração/cooperação que, ressalvadas as severas críticas ao instituto⁷³⁵ (pela presente Tese compreendido como participação ativa e não como prestação de auxílio como prevê o dicionário), tem como desiderato essa horizontalização democrática do processo em que as partes e o juiz (deixando a estrutura verticalizada) assumam responsabilidades sociais importantes quando da resolução dos interesses policêntricos, momento em que, como já narrado, o processo passa a materializar-se como uma importante fonte produtora de novas realidades sociais, apresentando-se como um importante canal de participação democrática para os que restam marginalizados pelo sistema político tradicional. Trata-se de um procedimento inovador⁷³⁶ que propiciará a necessária dinamicidade jurídica tendo como fonte propulsora a complexidade social que resta desvelada quando da solução compartilhada/democrática (contraditório) pelos reais interessados/cidadãos que, conscientes de sua responsabilidade social/política e, agora, principalmente jurídica, assumem o protagonismo jurisdicional, o que fazem no e pelo debate processual utilizando-se de forma

⁷³⁴ [...] 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 queda 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. CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 233-234

⁷³⁵ Cooperação significa, segundo o dicionário da língua portuguesa de Caldas Aulete: “prestação de auxílio mútuo para um fim em comum” [...] Esse termo, portanto, pressupõe que indivíduos pensem e atuem visando sempre o coletivo em detrimento do individual, já que buscam necessariamente objetivos em comum. Traduz dessa maneira a renúncia do individual em prol do social, para um desiderato maior e compartilhado entre vários sujeitos envolvidos, na medida em que ambos serão beneficiados pelo trabalho em conjunto. A cooperação, na sexta dimensão do vocabulário jamais pode supor indivíduos com interesses conflitantes, em disputa entre si [...] Essa é a razão pela qual o art. 378 do CPC está defeituosamente redigido, porquanto não pode haver dever de colaboração para as partes. A colaboração para as partes é sempre um ônus íntimo em função do seu papel no processo. Por isso não há cooperação por parte do executado que deve cumprir todos os requisitos contidos no § 2º do art. 847 do CPC para ver substituída a penhora de seu bem. RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário aos artigos 1º a 12º do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (org.). **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1 a 317, p. 110.

⁷³⁶ A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra a lei do Estado e dos particulares, mas de atribuir ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

efetiva do contraditório e da ampla defesa, elementos que podem legitimar⁷³⁷ a construção de novos direitos pela decisão compartilhada⁷³⁸.

4.3.2 A Confluência entre Os ismos e as Permeabilidades entre Público e Privado: por um neorevisionismo

Ao finalizar o presente capítulo, necessário se faz abordar a transição, quanto a temática abordada, nos modelos de processo do Estado Moderno, passando pelo Constitucional até desaguar no Pós-Moderno, o que será feito objetivando demonstrar a pretensa e(in)volução dos interesses “resguardados” em cada modelo estudado. O Estado Moderno (formal/procedimental) dando azo ao ideal democrático representativo permeado pelos interesses patrimoniais dos burgueses, engendrou em seu seio, no tocante aos “ismos”^{739,740} um contexto de privativismo, expediente em que o processo (dual) permeava apenas, e tão somente, interesses particulares (eficiência), apresentando-se como mecanismo de garantia (direitos subjetivos determinados pelos direitos objetivos – Poder Legislativo) dos interesses dos legitimados democráticos, lembrando que nesta fase, pelo voto, apenas uma determinada casta social ascendeu, pelo poder econômico, ao poder político. Nesse contexto de “privativismo⁷⁴¹” o processo, reduzido a um “juiz boca da lei”, não apresenta-se como um importante marco de efetivação e/ou construção jurídica, mas, tão somente como um “garantidor” das determinações legislativas (*lex*) delegadas pelo(s) (voto) partícipes

⁷³⁷ [...] 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. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95-96.

⁷³⁸ No se trata solamente de la pacificación provisional que deriva de un arreglo impuesto por la ley del más fuerte, sino también una armonía restablecida a partir del hecho de que se ha producido un reconocimiento mutuo: cada uno de los protagonistas, cualquiera que sea el tipo de acción que lleve a cabo, ha de poder admitir que la sentencia no es un acto de violencia, sino de reconocimiento de los respectivos puntos de vista [...] En este nivel, ascendemos a una concepción superior de la sociedad: no ya solo un sistema de distribución de bienes, sinónimo de justicia distributiva; sino la sociedad como esquema de cooperación: mediante la distribución, pero más allá de la misma, mediante el procedimiento, pero más allá del mismo, se deja entrever algo así como un «bien común» que, precisamente, hace de vínculo social. OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 40, p. 42-43, 2017.

⁷³⁹ PEYRANO, Jorge. Acerca de los ismos em matéria procesal civil. **Themis. Revista de Derecho**, [S.l.], n. 58, 2010.

⁷⁴⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, maio/ago. 2017.

⁷⁴¹ [...] el diseño de los procedimientos es sensible a las variaciones particulares de la ideología imperante, especialmente las oscilaciones entre individualista y colectivista, liberal y autoritaria, u otras posiciones con ese tipo de etiquetas. En el proceso civil, se ha argumentado, estas variaciones tienen un impacto directo en cuanto al poder real de las partes privadas para dirigir el curso de los juicios indudablemente un tema importante en la elección de la forma de procedimiento. DAMASKA, 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.

democráticos ao parlamento, tendo como mote a ideia de liberdade e propriedade, a primeira apenas no sentido formal de garantia da segunda (direitos de primeira geração).

Como pretensa correção a este caminho individualista fruto do privativismo, conforme demonstrado nas páginas iniciais deste estudo, outro modelo de Estado nasceu como fruto da conquista de participação civil e política por outras castas sociais (proletários), momento em que os interesses a serem assegurados, perpassando a ideia de liberdade e propriedade, restam direcionados na linha de uma pretensa igualdade (meramente formal) em busca de segurança para os menos afortunados. É nesse contexto que nasce um novo “ismo” construído com base no socialismo. Neste, mantendo o sistema dual (formal//procedimental) próprio do Estado Moderno, os interesses a serem assegurados pelo viés democrático restam reconfigurados pela significativa mudança no jogo democrático de poder, este, ainda representativo, apresenta-se, agora, como pseudo legitimado⁷⁴² a promover os anseios da “maioria” (nascido dos direitos de segunda geração).

Contudo, muito embora essa pretensa evolução democrática demonstrada pela ampliação do número dos legitimados a participar, a cidadania permanece atrelada a ideia de voto, sendo que praticamente inexitem outros espaços para o seu exercício. É nesse contexto permeado por uma pretensa segurança pautada em uma igualdade abstrata/formal que o processo, mantendo-se preso aos expedientes do Estado Moderno (agora não mais liberal, mas, social) pouco, ou quase nada, contribui com a reconfiguração jurídica necessária à efetivação das pretensas garantias desse novo jogo democrático, não demonstrando forças, ainda, para transformar-se em um processo nos moldes do descrito por Satta, no qual *el proceso, en tanto institución del ordenamiento jurídico, de por sí ya implica una forma de equilibrio de intereses públicos, privados y sociales.*⁷⁴³

Esta dificuldade, salvo melhor juízo, resta justificada pelo fato de que a constituição não ser, na época⁷⁴⁴, concebida como uma ferramenta jurídica, mas, tão somente como uma carta política de boas intenções sendo que nela, o processo sequer era agraciado com as

⁷⁴² Buena parte de la discusión entre política y justicia se articula en torno dos temas que nos llaman a atención. El primero se refiere a la estructura del Estado y más específicamente al carácter de poder judicial; el segundo enfoca los puntos de vista sobre el propósito que debe perseguir la administración de justicia. En buena parte de lo que se ha dicho hasta aquí, estos dos temas se han entrelazado y confundido: ciertos compromisos del Estado se asocian invariablemente con ciertos tipos de organización del poder. DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal.** Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. p. 23.

⁷⁴³ BERLOLMO, Pedro .L. **El derecho al proceso judicial.** Calle, Bogotá: Temis, 2003. p. 26.

⁷⁴⁴ [...] 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 (comp.). **Estado derecho y sociedad.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 170.

garantias que lhe serão confiadas a partir do segundo pós-guerra, tais como o contraditório (forte) e ampla defesa.

Assim, um novo “ismo” tornou-se necessário, agora compreendido, como já narrado, pelo constitucionalismo fruto do período pós 1948, momento em que, necessitando garantir as conquistas da modernidade (efetividade), o Estado Constitucional, passa a introjetar no bojo das constituições uma preocupação material/substancial e não, mais, meramente formal, nos moldes da proposta garantista de Ferrajoli. Para tanto, perpassando os privativismos e os socialismos, surge a uma nova concepção jurídica que passa a atender pela alcunha de publicismo, momento em que, perpassando os direitos de primeira (privativismo) e segunda (socialismo) gerações, dá azo aos pretensos direitos de terceira geração (publicismo), estes representados por mecanismos transindividuais⁷⁴⁵, momento em que a ideia de coletivização do direito passa a restar assegurada, constitucionalmente, por ferramentas que permitam aos legitimados democráticos o exercício da cidadania⁷⁴⁶ em novos espaços públicos e não mais apenas pelo voto. Dentre eles, merece destaque o Judiciário, pelo processo democrático coletivizado⁷⁴⁷, nos moldes do que ocorre (apenas a título de exemplo) nas Ações Cíveis Públicas, conquista que se *consigue, por encima del querer del particular y por encima del querer del Estado dentro del propio proceso*⁷⁴⁸, procedimento que passa a ser concebido como revolucionário.⁷⁴⁹

É com fulcro nessa nova realidade constitucional⁷⁵⁰ (transição da eficiência para a efetividade) que os processualistas, acertadamente, percebem o processo como um

⁷⁴⁵ 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 el que se produce. Y en un mundo en el que las relaciones sociales y económicas se hacen cada vez más complejas [...]. Por esta razón, hemos considerado conveniente insistir sobre sus aspectos político y social. FAVELA, José Ovalle. *Sistemas Jurídicos y políticos, proceso y sociedad*. In: KAPLAN, Marcos (comp.). **Estado derecho y sociedad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 140.

⁷⁴⁶ [...] particularmente los concernientes a sus relaciones con el ordenamiento jurídico general, es sistema político y, más ampliamente, la sociedad. FAVELA, José Ovalle. *Sistemas Jurídicos y políticos, proceso y sociedad*. In: KAPLAN, Marcos (comp.). **Estado derecho y sociedad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 140.

⁷⁴⁷ [...] ser el proceso la garantía de la existencia del Estado mismo como unidad política organizada por el Derecho, la encontramos, con la entrega ejemplar de su vida, voluntariamente sacrificada a la idea de que el orden jurídico vale por sí, debe valer como orden, independientemente de la bondad o maldad de su contenido [...]. BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 15.

⁷⁴⁸ BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 16-17.

⁷⁴⁹ SATTA, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. p. 14.

⁷⁵⁰ Com a reconstitucionalização da Europa ocidental após o término da 2ª Guerra mundial, caracterizada pelo abandono da absoluta supremacia do interesse público sobre os interesses individuais e pelo primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais, não é mais possível continuar a submeter as

importantíssimo mecanismo de efetivação democrática (participativa), nos moldes do proposto pelo Prof Darci Guimarães Ribeiro⁷⁵¹, compreendendo ele a necessidade do reconhecimento de um contraditório⁷⁵² forte no sentido de que, por ele, reste legitimada a criação de direitos (*ius*) pelo judiciário. É com esse mote que, compreendendo o processo como a necessária ferramenta de dinamicidade do direito, mantém-se o equilíbrio entre os interesses Estatais (publicismo), Sociais (socialismo) e os Individuais (privatismo)⁷⁵³. Assim, o constitucionalismo, procurando somar as liberdades negativas e positivas, nos moldes do proposto por Wolkmer, passa a compreender os direitos não mais em gerações, mas sim, em dimensões, momento em que a terceira (direitos transindividuais) resta potencializada por um processo que progrunha-se, no Período Pós-Moderno, como sendo revolucionário, a ponto de, nele, restarem reconfiguradas as forças do jogo democrático⁷⁵⁴.

partes, no processo civil, ao predomínio autoritário do juiz, sendo imperiosa a reconstrução do sistema procesual sob a perspectiva dos cidadãos que recorrem ao juiz para obter a tutela dos seus direitos subjetivos, respeitados o princípio do dispositivo e a autonomia privada. A nova Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 conseguiu atingir essa meta, regulando o processo civil a partir da perspectiva do cidadão que recorre à justiça. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 164, p. 29 – 56, out. 2008.

⁷⁵¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁷⁵² Il processo, così come noi lo concepiamo, è figlio della libertà: dal travaglio della libertà sono nati tutti i principi sui quali il processo si regge, per i quali il processo è processo: *nullum crimen sine poena, nulla poena sine iudicio, in dubio pro reo, audiatur et altera pars*, il diritto di difesa, sono espressioni giuridiche della libertà, che le fa sacre e sante. Ma la libertà reca nel seno del processo una posizione polemica che mette a dura prova la sua essenziale unità. La dottrina giuridica, bisogna confessarlo, ha fatto tutto il possibile per esasperare romanticamente quella polemica, per far dimenticare che la libertà ha un significato soltanto in funzione dell'unità del processo, se la si ammette e la riconosce, se sussiste quell'accordo fondamentale che fa del processo un *actus* come diceva l'antico dottore (divinandone appunto l'unità) perché allora ciascuno tende, oltre al proprio fine particolare, al fine universale della esperienza giuridica, al giudizio. Se si pensa che un Listz ha potuto scrivere con serietà che il codice penale è la *Magna Charta* del delinquente (il che vale considerare il delinquente come un valore!) non ci si deve meravigliare se il delinquente tende a mettersi sullo stesso piano del giudice, a farsi giudice del giudice, a sopraffare lo Stato. Comunque sia, in questo dissolversi dell'unità del processo, nel prevalere della libertà sull'unità, nell'incapacità del processo a realizzare la libertà nell'unità, sta la sua intima, e in un certo senso immanente crisi. Si potrebbe dire con una formula più espressiva, che il processo tende a diventare fine a se stesso. Ed è per noi molto importante osservare che gli strumenti di questa dissoluzione sono in sostanza gli stessi principi sui quali il processo si regge, quelli che avevamo creduto valori eterni, assoluti, e poi si rivelano, quando manchi l'accordo fondamentale, mere astrazioni, vasi vuoti nei quali ciascuno mette tutto quello che vuole, e soltanto quello che vuole. Il principio del contraddittorio è la consacrazione del cavillo, il diritto di difesa è la legalizzazione dell'ostruzionismo o della non collaborazione, il divieto dell'analogia è lo sgattaiolamento fra le maglie del codice. SATTA, Salvatore. **Soliloqui e colloqui di un giurista**: prefazione di Ferdinando Mazzarella. Nuoro: Ilisso, 2004. p. 67.

⁷⁵³ Si se va seguir este amino, este estudio ha de absolver y ordenar la gran riqueza de ideas sobre la misión del Estado en la sociedad. Una solución es ver estos puntos de vista como contenedores de dos inclinaciones opuestas, una de las cuales rara vez tiene suficiente fuerza como para desplazar a la otra: que el Estado gestione las vidas de las personas y conduzca la sociedad; la otra, que el Estado mantenga el equilibrio social y la autodefinición individual. DAMASKA, Mirjan R.. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. p. 5.

⁷⁵⁴ 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

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil incorpora em caráter definitivo a conjunção da Democracia e do espírito participativo⁷⁵⁵ do cidadão quando, em seu texto, reconhece ao Processo Civil a epistemologia constitucional, deixando explícito tal caráter entre os Art. 1^a e 12, dispositivos que refletem sua substância nas demais previsões do referido diploma legal. Com esse novo cenário textual, importa a maturação das perspectivas fruto da Constitucionalização do Direito Processual Civil, pois a Ciência Positiva do Direito Moderno tem, no Poder Judiciário, pelas novas tendências do Processo, o espaço ideal para catalisar os anseios sociais e transformá-los, a partir de uma leitura reflexiva dos “Fenômenos Conflitológicos de Interesses”, em espaço Democrático de criação de um Direito que reconhece no cidadão sujeito capaz de realizar notáveis transformações sociais em razão da potência adstrita à sua capacidade participativa/reflexiva. No cenário atual, aberto pelas novas tecnologias, estas possibilidades serão muito bem-vindas.

A análise balizará as alvissareiras previsões processuais do Novo Código de Processo Civil a partir do estudo das mutações da *personalidade do sujeito*, performadas pela cultura, Estado e Poder. É dessa panaceia existencial que exsurge a substância⁷⁵⁶ do Processo, por via da exasperação do existir do sujeito, tendo como resultado os Fenômenos Conflitológicos de Interesse que, pelo cenário Jurídico, formam uma experiência fenomênica dotada de *iter* jurídico. A causa dessa correlação é a função ordenadora que o Direito exerce na sociedade, isto é, a coordenação dos interesses que se manifestam na dinâmica social, o que legitima a intervenção do Estado na sociedade por via da linguagem, desembocando suas manifestações no/pelo Direito, tendo este a pretensão de equilibrar as relações⁷⁵⁷ intersubjetivas⁷⁵⁸. Assim, é possível

resolución de conflictos. DAMASKA, 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.

⁷⁵⁵ Parte da doutrina tenta salvar o art. 6 do CPC, afirmando que a colaboração no processo civil não pressupõe auxílio mútuo entre as partes, ou mesmo entre elas e o juiz, mas sim no sentido “de que os sujeitos do processo vão ‘co-operar’, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo [...] nesta perspectiva, nada mudou com a introdução deste artigo. Mais uma vez destacamos que esta concepção, também, está umbilicalmente ligada a nova compreensão do contraditório, já que o essencial para esses autores é que através da efetiva participação das partes e do juiz as decisões judiciais sejam construídas por todos os sujeitos do contraditório. RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário aos artigos 1º a 12º do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinela (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1 a 317, p. 111.

⁷⁵⁶ À Filosofia do Direito cabe cuidar das questões relacionadas à essência do que aqui se traduz como o Fenômeno Jurídico, enquanto que para a análise da substância do Direito, dignifica-se o a necessidade do desenrolar de uma Teoria do Direito.

⁷⁵⁷ Esta intersubjetividade 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: Losada, 1954. p. 80.

comprender um Direito que nasce da conduta humana pela interferência da transcendência da subjetividade à intersubjetividade, apresentada pela dimensão da coexistência social⁷⁵⁹ que é exasperada pelo *fenômeno social*, este, por sua vez, incide na formação da experiência⁷⁶⁰ histórica do *Dasein* por via de instrumentos culturais.⁷⁶¹ O Direito é *social* e, em um sentido mais profundo, apresenta-se pela *linguagem*, pela ciência, pela arte, pelas crenças, etc. Toda essa realidade forma termos intencionais da consciência⁷⁶², refletida na busca pela descoberta do Ser ideal, expediente responsável pela reconfiguração da percepção a ponto de vislumbrar realidades que encontram-se

⁷⁵⁸ Por intersubjetividad entiendo, no un régimen de interacciones conductuales entre individuos que comunican sus sentimientos por empatía, sino la experiencia y el espacio de la realidad psíquica especificada por sus relaciones de sujetos en cuanto son sujetos del inconsciente. La intersubjetividad es lo que comparten quienes están formados y ligados entre sí por sus sujeciones recíprocas estructurantes o alienantes- a los mecanismos constitutivos del inconsciente: las represiones y las renegaciones en común, las fantasías y los significantes compartidos, los deseos inconscientes y las prohibiciones fundamentales que los organizan. KAES, René. **Un singular plural**. Madrid: Amorrortu, 2010. p. 26.

⁷⁵⁹ Puede sostenerse que, concluido el conflicto, todo nuevo acto conflictual es ajeno a él y marca el comienzo de un nuevo conflicto. Es decir, que la intensidad cesa con la resolución porque si termina el conflicto, ya no hay actores ni conducta conflictual con lo que no puede hablarse de mayor, menor o ninguna intensidad, porque ésta es un adjetivo de conflicto o de conducta conflictual. ENTELMANN, Remo F. **Conflictos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002. p. 176.

⁷⁶⁰ «Experiencia» es una palabra significativa, ya que la experiencia es en sí misma de índole histórica. Es la forma en que se moldea la propia comprensión del «mundo». Lo mismo que las experiencias de la vida diaria enseñan algo que se puede haber olvidado o que no se conocía antes, así también el encuentro con una obra literaria es realmente «experiencia» y se convierte en una parte de la historia de uno, una parte de la corriente de la comprensión legada por la tradición en la que vivimos y nos movemos. PALMER, Richard. **Qué es la hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. p. 355.

⁷⁶¹ *Se constata entonces que detrás del concepto de intersubjetividad se encuentra inequívocamente el de subjetividad. Es más: se puede decir que el concepto de intersubjetividad resulta únicamente comprensible en la medida en que tratamos previamente el concepto de subjetividad y de sujeto y el papel que desempeña en la filosofía fenomenológica.* GADAMER, Hans-Georg. **El giro hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1998. p. 12.

⁷⁶² El Derecho, pues, ópticamente hablando, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Sí lo dijo. Del Vecchio ya en 1906, aunque sin proyectar la afirmación en el plano fenomenológico que habría de hacerla tan fecunda. Con la intersubjetividad óptica del Derecho está apresada su dimensión coexistencia y no meramente existencial, y está definido como fenómeno social. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura es social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no los productos culturales, sino al obrar humano en sí mismo considerado. Es así que toma acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impedida presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no a los productos culturales, sino al obrar humano en sí mismo considerados. Es así que toda acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impeditiva, presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe. COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1954. p. 80-81.

fora de si⁷⁶³, pois “*Convivir sólo es posible porque compartimos un mundo y compartimos un mundo porque lo hemos construído dialogicamente*”⁷⁶⁴. Dessa maneira, inviável falar-se em Estado, Direito e Política, sem a referência ao pressuposto social que dá voz a esses poderes, o Fenômeno Conflitológico de Interesses.⁷⁶⁵

Nesse contexto, a análise será realizada através da ótica da Hermenêutica Jurídica, que se empresta da Hermenêutica Filosófica Fenomenológica para a construção do Ser a partir da linguagem⁷⁶⁶. A Fenomenologia mostra-se precípua para que seja constituído o mundo que se vive, superando a simples análise da forma, da fisiologia do outro assim como a simples análise psicológica realizada em um primeiro momento, expediente responsável por dar cor e vida aos Fenômenos Conflitológicos de Interesse. Ao cuidar da faticidade e do cotidiano, a Hermenêutica tangencia o Ser enquanto *existir*, assim se tem o homem enquanto Ser vivente representado pela linguagem e, nessa posição, estruturado pelo *Dasein* (Ser-aí). O conflito, para tanto, passa a ser entendido como a representação natural do Ser no mundo, unindo os campos ontológicos (*zu den Sachen selbst zurück* - um retorno às coisas mesmas) aspiram ao propósito de oferecer um fundo comum às chamadas *ciências do espírito ou da cultura*, ou, numa outra perspectiva, as *ciências de impacto*⁷⁶⁷, operando sobre uma base compreensiva⁷⁶⁸. A Fenomenologia Hermenêutica dotada de caráter voltado à interpretação apresenta como objetivo o *compreender*: “*las habilidades, prácticas y experiencias cotidianas y articular las similitudes y las diferencias en los significados, compromisos, prácticas, habilidades y*

⁷⁶³ SICHES, Luis Recasens. **Los temas de la filosofía del derecho**: en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934. p. 45-46.

⁷⁶⁴ LOPEZ, Antonio Marino. Diálogo y phrónesis en el pensamiento de H.G. Gadamar: meditación sobre algunas de sus aporías. In: CAMPOS, Raúl Alcalá; ESCOBAR, Jorge Armando Reyes. **Gadamer y las humanidades**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. v. 2, p. 60-61.

⁷⁶⁵ “O homem tende, por sua própria natureza, a uma ordem social que representa uma ordem de integração (unidade orgânica, unidade de ordem) na qual as partes não perdem a sua individualidade, nem a atividade do todo se confunde com a das partes; que a ordem jurídica exprime o ponto culminante dessa integração, uma vez que a integração do homem na sociedade aparece, em formas definidas, como integração do cidadão no Estado; que a ordem jurídica não se constitui mecanicamente ou objetivamente, mas necessita da interferência do poder; que o poder não se confunde com a força, porque a força se põe por si mesma, ao passo que o poder é a força, posta por uma exigência ética ou jurídica; que entre o fato da "solidariedade social" e a "ordem jurídica" há um momento de apreciação racional, de exame e de eleição de valores, determinando uma direção na vontade dos centros diretores da sociedade, isto é, essa interferência positiva e criadora do homem que é tão fundamental que alguns juristas chegam a negar que o Estado seja uma formação natural, quando mais certo será dizer que o Estado, como realidade cultural que é, tem, em sua base, a natureza, mas valorada e dirigida pela intencionalidade criadora do homem”. REALE, Miguel. **Teoria geral do Estado e do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 70.

⁷⁶⁶ Para aprofundar, consulte: ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁷⁶⁷ Esta categorização se encontra em: GOULD, Kenneth. **Unsustainable science in the treadmill of production**: the declining salience of impact science in environmental conflicts. Denver: American Sociological Association, Ago. 2012. Disponível em: http://www.allacademic.com/meta/p.564435_index.html. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁷⁶⁸ ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativa para o direito. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. p. 231-232.

experiencias”. Essa união possibilita que se desvele e se entenda significados, hábitos e práticas do ser humano⁷⁶⁹, oportunizando uma atividade compreensiva só possível pelo acionamento de determinados esquemas de reconhecimento de sentido.⁷⁷⁰

Nesse contexto, conforme já manifestado no presente estudo e, assim espera-se, restará melhor definido no próximo capítulo, muito embora as relevantes contribuições dos processualistas no tocante a compreensão democrática (participativa) do processo, estes acabam por apostar no Judiciário, mantendo o ideal centralizador de poder na Figura do Estado⁷⁷¹ (democracia representativa), mais especificamente na figura do Estado/Juiz (eficiente/efetivo), fato este que impacta, como resta por eles reconhecido, em possíveis discricionariedades. Somando forças a uma parte da teoria proposta pelos processualistas, em especial pelo Professor Darci Guimarães Ribeiro e, ao mesmo, tempo apresentando objeções a outra parte dessa mesma teoria, a Tese, apropriando-se (de forma crítica) das contribuições dos constitucionalistas, dentre eles o Professor Lenio Luiz Streck, apresenta, pelo neorevisionismo⁷⁷², uma reconfiguração democrática que, perpassando a democratização do Estado (Liberal – privatismo), da Sociedade (Social - socialismo), da Democracia (Coletivo – publicismo), e do Processo (Constitucional – processualismo), propugna a necessária democratização da Jurisdição (Processual – coletivismo), mais precisamente da Decisão que, deixando de ser meramente judicial, passa a ser Policêntrica/Compartilhada⁷⁷³, portanto, eficaz.

⁷⁶⁹ ESPITIA, Edelmira Castillo. La fenomenología interpretativa como alternativa apropiada para estudiar los fenómenos humanos. **Investigación y Educación en Enfermería**, Colombia, n. 1, v. 18, 2000. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>. Acessado em: 12 dez. 2018.

⁷⁷⁰ ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativa para o direito**. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. p. 231-232.

⁷⁷¹ La relación de los arquetipos con los procesos legales que existen en la realidad, va paralela a la relación de las funciones estatales con la función de los Estados existentes o históricos que cada cual presupone. Como la función del gobierno incluye tanto el mantimimiento del equilibrio social como programas de transformación social, y no sólo lo uno o lo otro, los procesos legales muestran tanto la resolución de conflictos como la implementación de políticas, a menudo en combinaciones complejas y ambiguas. DAMASKA, 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.

⁷⁷² Os revisionistas são muito criticados na atualidade e Aroca pode ser considerado um dos seus precursores, apresentando uma distinta ideia conceitual em sua tese, o que faz com o objetivo de constituir o **neorevisionismo**, este muito diverso das correntes privadas e/ou públicas do direito, oportunizando uma fusão dos pontos positivos do privatismo, do publicismo e do socialismo processual. No livro organizado por Aroca e Velloso, estes apresentam importantes debates sobre os temas em comento. Ver: AROCA MONTERO, Juan; VELLOSO, Adolfo Alvarado (coord.). **Proceso civil e ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

⁷⁷³ En busca de una orientación básica, exploraré la forma en que el proceso legal puede verse afectado por dos disposiciones contrastantes del Estado: la inclinación a gestionar la sociedad, y la disposición de proporcionar un marco para la interacción social. Algunos Estados prefieren una implicación mínima en ciertas esferas de la vida social y en otras, ser gestor; pueden adoptar una disposición como ideal de reglamentación y temperar otra; una vez más, pueden verse profundamente desgarrados entre la inclinación por mantenerse al alcance de la mano, y el deber de asumir responsabilidades para guiar a la sociedad. De este modo cubren un gama que abarca desde un extremo teórico – un Estado que penetra en la vida social – al otro, es decir, un Estado auténticamente laissez faire. DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. p. 125.

5 INFLUÊNCIAS DA JURISDIÇÃO NO PROCESSO E A TEORIA DA DECISÃO COMPARTILHADA NO ESTADO PÓS-MODERNO

O presente tópico, conforme restou demonstrado no estudo em comento, pretende analisar os reflexos e especificidades do que resta compreendido como poder legítimo para construção normativa em cada momento histórico e seus desdobramentos no direito pós-moderno, procedimento que (assim espera-se) evidenciará a Tese aqui proposta de que, dependendo da Teoria Geral do Estado, restam estabelecidos, pela Filosofia Jurídica, os ditames inerentes a construção normativa, sistemática que varia no tempo e no espaço.

No Estado Moderno, já demonstrado a exaustão no presente estudo, os elementos políticos da época configuraram um modelo processual preocupado com a concentração de poder na figura do Estado Legiferante (democracia representativa formal) em que o Legislativo (Poder Supremo) compreendia a necessidade de, por segurança jurídica, limitar a decisão judicial. Essa estrutura, preocupada com eficiência, compreende que o papel da decisão judicial deveria ser apenas revelar o direito pré-existente (procedimental/formal) de forma imparcial e neutra, ou seja, a função jurisdicional estava subsumida na ideia de Estreza de uma Tutela Jurisdicional do Estado por um Judiciário, um Juiz e um Povo “politicamente castrados” em que a decisão judicial, pautada no silogismo, compreendia apenas o *ius dicere*, sistemática (nem sempre) escrava do império da lei (separação dos poderes).

Em momento seguinte, com a constitucionalização do direito (Estado Constitucional), a preocupação do poder político, objetivando evitar retrocessos sociais, mantendo a instrumentalização processual mecânica e individualista/privatista (muito embora se proponha socialista/publicista), procura restringir o poder legiferante oportunizando o alargamento das funções jurisdicionais, período em que, deixando de lado o silogismo jurídico próprio do Estado Moderno (democracia formal), constrói-se um modelo de Estado Constitucional (democracia substancial), momento em que o protagonismo do judiciário experimenta um modelo volitivo em que as sentenças, fugindo do império da lei, acabam por apresentar uma filosofia compreendida, por Streck, como da consciência, período em que os juízes em nome de “pseudos” princípios constitucionais passam a exacerbar suas funções acarretando um alargamento interpretativo (*ius facere*) o que fazem perpassando a exegese (subsunção jurídica – Jurisdição Legal) em direção de um sistema Argumentativo, ensejando uma interpretação legislativa de forma panprinciopológica. Assim em nome e em busca da efetiva aplicação dos diplomas constitucionais, o processo (perpassando a simples forma e procedimento) caminha em direção da substância e conteúdo, desiderato que, inicialmente,

acarretou na famigerada discricionariedade descambando, na sequência, para a arbitrariedade das motivações (Jurisdição Constitucional – Neoconstitucionalismo) uma vez que em nome dos supostos valores constitucionais (senso comum teórico – princípio como valor) o direito passa a ser criado com base nos atos de vontade (sentimentos) que, descontextualizados fática e fenomenologicamente falando, restam materializados nos interesses pessoais do juízes que, assumindo as funções do Legislativo, tornam (agora) o Judiciário um Poder Supremo (protagonismo judicial) em que as decisões (monocráticas/verticalizadas), deixando de ser legais/constitucionais, passam a ser pessoais/ideológicas e/ou sociológicas contudo, motivadas em supostos princípios constitucionais.

Por fim, aproximando-se do desfecho do estudo proposto para essa etapa acadêmica, surge um novo contexto (pós-moderno), momento em que o processo se propõe como mecanismo de ampliação democrática esta (perpassando as democracias formal e substancial – sem excluí-las) apresentada como participativa. Nasce assim uma compreensão processual democrática em que, pelo contraditório forte o protagonismo sai do Estado, seja ele Legislador/Juiz/Constitucional, e aporta no cidadão, sendo este (agora) um indivíduo que, consciente de seu papel (social, político e, em especial, jurídico) e não conseguindo materializar suas reais necessidades no âmbito político tradicional (Legislativo e/ou Executivo), passa a compreender a jurisdição como um novo *locus* de exercício da cidadania, o que é feito (agora) não apenas em nome da eficiência e/ou efetividade, mas, sim, pela busca de eficácia da resolução dos problemas enfrentados, expediente em que a democracia (deixando de ser verticalizada – Estado Moderno e Constitucional) propugna-se horizontalizada (Estado Pós-Moderno), ou seja, agora as partes e o juiz, em pé de igualdade, compartilham poder objetivando não mais, apenas, concretizar direitos constitucionais (direito subjetivo dos interessados na lide) como, também, restam legitimados (pelo diálogo democrático fruto do objeto do debate processual – contraditório forte/constitucionalizado) a garantir novos direitos, procedimento pautado em elementos fático fenomenológicos que restam desvelados (não mais pela filosofia da consciência, mas, sim) pela compreensão autêntica fruto da hermenêutica fenomenológica, propiciando a tão almejada *auctoritas*, esta (nesse sistema) pautada em legitimidade democrática (horizontalizada) configurada por um fundamento e não mais mero silogismos, motivos e/ou argumentos, momento em que a decisão, não mais monocrática, resta compartilhada (hermenêutica filosófica – decisão policêntrica/participativa/legítima/eficaz). Nesse novo contexto a decisão, como *locus* privilegiado de exercício de uma real/dinâmica cidadania não é mais fruto, apenas, de um procedimento pautado na autoridade democrática representativa/verticalizada (competência/

autoridade/imperatividade/legalidade como sinônimos de legitimidade) eis que apenas motivada por valores subjetivos/solipsistas (filosofia da consciência – decisão monocrática/representativa/constitucional/efetiva), mas, sim, construída de forma coletiva pelos interessados no deslinde do feito (filosofia jurídica – decisão policêntrica/participativa/constitucional/eficaz). Mantida a necessidade da legitimidade formal (competência/autoridade/imperatividade/legalidade) da decisão, exige-se (agora), também, a legitimidade material, esta configurada pelo grau de reconhecimento democrático participativo (contraditório forte) e respeito as construções fáticas e fenomenológicas (ampla defesa) oportunizadas pelas partes no objeto do debate processual (diálogo horizontalizado), momento em que, perpassando a motivação restará garantida a necessária fundamentação, expediente que, superando o ideário de uma decisão monocrática/verticalizada (eficiente e/ou efetivada), a horizontaliza de forma policêntrica, propiciando (agora sim), um(a) resultado/resposta social verdadeiramente democrática/eficaz.

5.1 A Decisão Judicial como Ius Dicere e a Lex como Eficiência: prisão do julgador ao legalismo e a democracia vertical

Nos moldes do descrito no introito, o presente tópico objetiva compreender os elementos constitutivos desse modelo jurisdicional que permeou o Estado Moderno e analisar os reflexos dessa forma de pensamento da época no direito Pós-Moderno. Conforme já descrito nos capítulos anteriores, o modelo processual que permeia a sociedade na atualidade resta influenciada pelos pensamentos filosóficos do período compreendido como Estado Moderno, estando impregnado pela ideologia liberal. Assim, a decisão, elemento de grande relevância da discussão do tema proposto pela Tese em desenvolvimento, tem (inicialmente) o silogismo jurídico (Jurisdição Legal) como sua principal ferramenta de segurança jurídica quando da sentença judicial, tendo como elemento configurador dessa realidade processual a desconfiança da aristocracia no papel a ser desempenhado pelo Judiciário. Nesse contexto, os diplomas legais, desde já, delimitavam o objeto do processo extirpando, do objeto do debate processual, toda e qualquer discussão política e ou social, servindo ele como delimitador das funções Jurisdicionais do Estado, procedimento que propunha (com resultados questionáveis) evitar as discricionariedades fruto do período medieval⁷⁷⁴.

O Estado Moderno (iniciando a transição do princípio inquisitorial para o princípio dispositivo), oportunizou uma ciência processual institucionalizada (processos formais)

⁷⁷⁴ HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2016.

fomentando respostas objetificadas (regras abstratas) como solução aos problemas sociais, ou seja, pela subsunção jurídica (método dedutivo) os problemas sociais passaram a ser resolvidos de forma exegética (enquadramento dos fatos à norma) eis que agora as regras (completude normativa – império das leis) formalmente incluídas na Legislação seriam a solução para toda e qualquer pendência social, nascendo adágios populares que permeiam o senso comum teórico ainda nos dias de hoje: “*dai-me os fatos que te dou o direito*” – “*lei não se discute, lei se cumpre*”...

Para tanto o sistema em comento oportunizou, quanto aos problemas sociais, a cisão dualista, já delineada neste trabalho, que resta propagada até os dias de hoje, compreendido como questões de fato e questões de direito, momento em que os indivíduos (povo ícone/legitimador) na função de consumidores possuíam direitos subjetivos (relação sujeito/objeto) pautados em direitos objetivos criados pela figura de centralização do poder normativo (Estado Legislador). O judiciário, limitado pelo legislador, apenas aplica (Jurisdição Legal) a lei ao caso em concreto, ou seja, apenas diz qual o direito já produzido pelo legislador (*ius dicere*), sistema este pautado na ideia de eficiência, esta compreendida como respostas prontas e rápidas, restando desnecessária qualquer interpretação(!?), uma vez que, pela completude normativa⁷⁷⁵, as leis são claras o que, supostamente, facilitaria a subsunção pautada pelos limites interpretativos da legislação.

Essa realidade é fruto do Contrato Social, instrumento pelo qual os cidadãos transferem direitos para uma figura fictícia denominada de Estado, figura que passa a centralizar todo o poder jurisdicional em nome de uma pretensa paz social, tendo como mote/preocupação o pretense consenso social e político, sistema que propõe, de forma utópica, extirpar os conflitos fruto da realidade social. Essa pseudo segurança jurídica resta ampliada pelo que passou a ser reconhecido, posteriormente, como direitos de primeira geração, sendo eles a efetiva participação civil e política de uma determinada casta social,

⁷⁷⁵ 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. 2009. (Maestría em Filosofía) -- Cali: Universidad del Valle, 2009.

passando a ser distinta a compreensão de Estado e Sociedade Civil, sendo esta última, agora, detentora de direitos subjetivos.

Assim, os direitos objetivos (criação estatal) ensejam, em benefício dos membros da sociedade civil, direitos subjetivos⁷⁷⁶ que, pelo processo, permitem ao judiciário analisar/enquadrar (subsunção jurídica) os fatos apresentados pelos interessados nas regras criadas pelo Estado, momento em que o princípio do dispositivo, em seu sentido clássico, atrela a decisão judicial ao objeto do processo, decisão esta que, sendo do legislador, deve ser encontrada no conjunto legislativo (completude das normas) ofertadas pelo Estado Legislador, razão do uso terminológico de Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado.⁷⁷⁷

Assim, diante do **Protagonismo do Legislativo**, nesse sistema processual preocupado com a segurança jurídica de uma determinada casta social (aristocracia/burguesia) o juiz deveria (como de fato foi) ter seus poderes restritos ao diploma legal não podendo, ao decidir, interpretar a lei. No período em comento, o direito era igual a lei (*lex – eficiência*), cabendo ao judiciário, de forma passiva e mecânica, apenas declarar/repetir/dizer (*ius dicere*) o que determinava o Poder Supremo (Legislativo). Importante lembrar que nessa fase histórica (**privatisismo**), de preocupação liberal, o principal objetivo do processo era garantir os direitos subjetivos dos membros da sociedade civil organizada (detentores de propriedade) frente à um Estado (mínimo)⁷⁷⁸ pautado na ideia de separação de poderes (**democratização do Estado**).

Do exposto resta evidente que a sistematização do princípio dispositivo desenvolve-se no sentido de reconhecer uma rígida distinção entre questões de fato e questões de direito. As

⁷⁷⁶ El 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. 8, p. 61-62, 2011.

⁷⁷⁷ O 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**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 47.

⁷⁷⁸ TOVAR, Carlos Andrés Tobar. **Crítica al individualismo liberal**: sobre la muerte de la política en los Estados liberales y la idea de democracia radical. 2009. f. 39. (Maestría em Filosofía) -- Cali: Universidad del Valle, 2009.

questões de fato são introduzidas ao Processo pelas partes, já a questão de direito corresponde diretamente aos atos jurisdicionais “entregues” pelo Estado/Juiz (contraditório formal/direito de ser ouvido/informar). Por muito tempo, a coisa 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 direito⁷⁷⁹, sendo (a princípio) esta a pretensão da Jurisdição Constitucional, momento em que, perpassando a democracia formal (Estado Moderno), nasce a compreensão democrática substancial (Estado Constitucional).

5.2 A Decisão Judicial como *Ius Facere* e a *Lex* como Efetividade: a prisão ao subjetivismo do juiz e o acertamento de suas vontades valoradas

Conforme descrito no tópico anterior, a temática objeto do presente estudo resta imbricada com termos cunhados no Estado Moderno e que, no decorrer do tempo, em especial no Estado Constitucional, sofreram alterações que ensejam a necessidade de estudo para compreensão de seus impactos no direito pós-moderno. Assim, para compreender as releituras do princípio dispositivo⁷⁸⁰, necessário se faz o estudo da temática com ressalvas relativas ao seu conceito concebendo as diversidades dele no período anterior e posterior a constitucionalização dos direitos.

A alteração em comento diz respeito a uma significativa reconfiguração do modo de conceber a democracia no período moderno e no período constitucional que, como já narrado, ensejam alterações significativas na compreensão do termo que, perpassando os elementos formais/procedimentais, próprios dos Estados Liberal e Social, buscam efetivar uma nova realidade material/substancial, o que é feito não só ao aumentar os legitimados democráticos

⁷⁷⁹ La 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 un 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**. 2014. f. 253. (Thèse Docteur en Droit) -- Université de Pau et des Pays de L'adour, Mont-de-Marsan, 2014.

⁷⁸⁰ SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 48-49.

como, principalmente, ao ampliar os espaços destinados ao exercício desse direito/dever. Em um contexto de constitucionalização dos direitos humanos (nessa fase compreendidos como direitos fundamentais), a filosofia jurídica fruto desse novo modelo estatal, apresenta relevante preocupação com o ser humano, oportunizando agora a constitucionalização dos direitos de segunda geração (sociais, econômicos e culturais), momento em que os direitos subjetivos agora não mais pertencem apenas à uma determinada casta social, nem tampouco eles servem apenas como defesa contra o Estado, mas, sim, também, na efetivação de garantias ofertadas por um novo modelo Estatal pautado no que restou reconhecido como Welfare State. Assim, a constitucionalização do princípio dispositivo apresenta uma normatividade ampliada junto a constitucionalização de muitos outros institutos processuais que restaram reconfigurados e passaram a contribuir para a uma preocupação mais substancial quanto aos efeitos sociais do processo, oportunizando sua reestruturação pelos princípios do contraditório, da celeridade, da boa-fé e da lealdade processual. Para tanto, ganha relevo o princípio em comento (dispositivo), em especial por (nessa nova fase) apresentar-se como importante mecanismo de recorte dos problemas sociais.

Esse novo sistema, agora pautado em princípios (confundidos, pelo neoconstitucionalismo, como valores) ensejou transformações/alterações nas funções jurisdicionais (dinâmica processual) momento em que à esse novo cidadão (sujeito de direitos constitucionais) resta apresentado um “pretense” novo caminho democrático (perpassando o formal em busca do substancial), compreendido por muitos como democratização da democracia. Contudo, conforme restará demonstrado, mantendo-se o elemento centralizador do poder, próprio das democracias representativas verticalizadas, muito embora o processo passe a enfrentar (ainda que de maneira tímida) as complexidades sociais e reconhecê-las como fruto de um conflito de interesses (próprios de sistemas democráticos), o **Judiciário assume o Protoganismo** que, no Estado Moderno, estava centrado na mão do Legislador (onipotência/onipresença). O direito continua sendo apresentado como uma resposta Estatal (Entrega da Tutela Jurisdicional) e não como uma necessária e profícua construção jurisdicional (fruto do contraditório e da ampla defesa) pautada nos interesses dos partícipes democráticos, muito embora agora reste preocupada não apenas com forma e procedimento, mas, também, com substância/conteúdo (**suposto publicismo**). Esse fenômeno se dá em virtude de que, mantendo a ideia de centralização de poder, a democracia substancial (**democratização da democracia**) restou forjada por atos volitivos (filosofia da consciência) do Estado/Juiz (verdades inautênticas, muitas delas fruto de senso comum teórico) e não compartilhada com os verdadeiros cidadãos/partícipes sociais, procedimento que, limitando

(pelo dispositivo) o objeto processual, restringe a dinamicidade do objeto do debate que, como narrado, muito embora fruto de uma democracia que se pretenda substancial acaba falhando ao não desvelar a realidade dos problemas sociais uma vez que a democracia mantém-se verticalizada (contraditório material/direito de influenciar).

Nesse contexto, mesmo diante dos vícios apresentados, necessário se faz reconhecer que o princípio dispositivo, nesta fase constitucional, possui extremada relevância na reestruturação do objeto do processo⁷⁸¹ que, pretendendo deixar de ser apenas mera forma e procedimento (**transição do privatismo ao publicismo**), passa a preocupar-se com conteúdo e substância, pecando, como narrado, por compreender a decisão judicial como responsabilidade verticalizada do Estado e não como elemento de constituição compartilhada dos partícipes sociais. O Processo Civil, apresentando gradual e constante evolução, não tem *mais espaço para uma visão hermética de seus institutos, como se fossem ferramentas que trabalham mecanicamente em função de sua própria engrenagem*⁷⁸², exigindo-se novas soluções jurídicas capazes de atender de forma adequada as novas realidades,⁷⁸³ sendo importante nesse sentido a Constitucionalização⁷⁸⁴ dos preceitos

⁷⁸¹ 1º) – 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; 2º) — 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; 3º) — o conteúdo dessa relação jurídico-processual é o conjunto dos poderes e faculdades, deveres e ônus das partes ou do juiz; 4º) — mas o processo não é apenas uma relação jurídica; em seu aspecto global é instrumento institucional da jurisdição (relação jurídico-processual + procedimento); 5º) — 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 iudicium, 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 reconvinido, do chamado ao processo e do litisdenunciado (inclusive questões prévias); 6º) — 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; 7º) — 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**, Brasília, DF, n.16, p. 133, jul. 1979.

⁷⁸² 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. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684.

⁷⁸³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal Y La Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004. p. 15.

⁷⁸⁴ [...] significa el desenvolvimiento de un precepto constitucional, expuesta ampliamente a lo largo de este traba yo, 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**. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1963. t. 1, p. 94.

Processuais, momento em que a jurisdição passa a assumir papel importante na realização/concretização dos direitos (garantir, assegurar e efetivar os direitos fundamentais)⁷⁸⁵.⁷⁸⁶

Contudo, esse mecanismo centralizador de poder, em que a decisão é do Estado/Juiz, acaba por reprecipitar teorias jurídicas vivenciadas no início do século XX, em especial na Alemanha, também conhecida como período das Jurisprudências (conceitos e interesses), descambando para o movimento do direito livre, estruturas que, pautadas em princípios que legitimaram atos volitivos, acarretaram em significativos problemas sociais, a exemplo dos perpetrados pelo nazismo. Nelas a atividade criativa do Estado-Juiz, pautado em teorias argumentativas (motivação e não fundamentação de suas decisões), transformam-se (em nome de um suposto publicismo) em *longa manus de* manifestações políticas, muitas vezes partidárias (**Protagonismo do Judiciário**), momento em que resta questionada sua competência/legitimidade uma vez que, transitando do *ius dicere* para o *ius facere*, restam desprovidas de legitimidade democrática, não formal/representativa, mas, material/participativa (*auctoritas*).

Tratando do tema, Lenio Luiz Streck cunhou o termo panprincipiologismo para descrever esse sistema argumentativo em que os princípios restam confundidos com valores, servindo como álibis interpretativos. Esse procedimento, objetivando superar/perpassar a fase processual formal/procedimental e caminhar para uma pretensa “efetivação/concretização” constitucional (material/substancial), acabou por motivar atos solipsistas em busca do famigerado alargamento interpretativo das leis apresentando, o Estado/Juiz, como protagonista/responsável pela Entrega de uma Tutela Jurisdicional fruto de uma pretensa concretização dos valores⁷⁸⁷ constitucionais, procedimento que apresenta uma linha muito

⁷⁸⁵ COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2, p. 60-61. (Coleção Estudos de Direito em Homenagem ao Prof. Darci Guimaraes Ribeiro).

⁷⁸⁶ A 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. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684.

⁷⁸⁷ Apesar 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

tênue com a configuração de ideologias pessoais e/ou partidárias, propiciando um processo configurado por alto grau de politização não democrática ensejando, nos moldes do analisado no segundo capítulo, atos volitivos discricionários e, muitas vezes, arbitrários.

Assim, muito embora operada a ampliação do princípio dispositivo, as partes tornam-se responsáveis (única e exclusivamente) pela apresentação dos fatos enquanto o Estado/Juiz, de forma centralizada/verticalizada, seria o responsável pela Entrega da(o) Tutela/Direito, mantendo-se a relação sujeito/objeto, modificando-se apenas o sujeito assujeitador (**do privatismo ao publicismo**). Esse aporte normativo dos institutos processuais em comento (democracia verticalizada – Estado/Juiz), propondo perpassar o modelo processual formal (preocupado apenas com forma e procedimento) oportuniza a represtinação de velhas teorias, dentre elas as jusliberistas. De forma solipsista, amplia e/ou restringe o objeto do processo (desconsiderando muitas vezes o objeto do debate processual) em busca de um(a) pretensa(o) substância/conteúdo valorativo da constituição o que faz de forma descontextualizada ao compreender como elementos distintos os atos de interpretar e aplicar (possibilidade irrestrita de interpretações pautadas em princípios/valores - panprincipiologia), transformando a jurisdição, ao lado da legislação⁷⁸⁸, em uma fonte do direito sem a necessária legitimidade democrática (representativa e/ou participativa) para tanto.

O Estado Constitucional fruto de uma democracia substancial ensejou a reestruturação do princípio dispositivo (Constitucionalização do Processo) apresentando, como efeito colateral (nos moldes do já narrado) o neoconstitucionalismo responsável pelo que resta configurado por Lenio Luiz Streck como panprincipiologia (compreensão errônea dos princípios eis que apresentados, neste contexto social, como valores), momento em que, esse mecanismo (hermenêutica neoconstitucional) propiciaria uma significativa abertura interpretativa, procedimento que admitiria decisões discricionárias que, para o autor em comento, seria o mesmo que arbitrárias uma vez que antidemocráticas.

Assim, muito embora a democracia substancial proporcione um importante marco para o início do reconhecimento do processo como dialético e passe, mesmo que de forma tímida,

que cosecha de sus propias reflexiones e ideales? POSNER, Richard A. El Rol del Juez en el Siglo XXI.

Themis – Revista de Derecho, Perú, ano 45, n, 58, p. 99, 2010. p. 99

⁷⁸⁸ Ver-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.

a valorizar o contraditório e a ampla defesa⁷⁸⁹, a decisão judicial (nesse modelo) ainda peca por não ser o espelho/reflexo do desvelamento fático e fenomenológico dos problemas sociais, mantendo a famigerada relação sujeito/objeto, uma vez que permanece arraigado ao modelo democrático representativo/verticalizado (abstrato). Neste, conforme já descrito no presente estudo, o protagonismo quando da pretensa efetividade do direito (*ius facere*), perpassando a democracia formal, muito embora esteja preocupado com a substância e o conteúdo a ser normatizado (democracia substancial), permanece distante da eficácia, ou seja, a decisão é do Estado/Juiz (solipsista/verticalizada), ou seja, desprovida de legitimidade material (*auctoritas*). Esta (em uma democracia participativa), como restará demonstrado (assim espera-se), só será possível no momento em que o protagonismo seja das partes, procedimento que legitimará decisões policêntricas por serem fruto de uma verdadeira democracia participativa (*auctoritas – ius – eficácia*).

Para tanto, necessário reconhecer a importância da democracia substancial como um plus à democracia formal, expediente que oportunizou sensíveis mudanças no formalismo fruto do Estado Moderno, período em que o positivismo, em suas diversas formas, enaltecia a supremacia/império da Lei sistema ancorado na potência demonstrada pelos códigos (dogmáticos/exegéticos) sendo a jurisdição uma função estatal de entrega de respostas prontas, momento em que o processo pouco (ou nada) representava em termos democráticos, período em que a democracia era subsumida a ideia de voto e, pela separação dos poderes, o juiz era configurado como sendo a "boca da lei".

É apenas com o nascedouro do Estado Constitucional (pós 1948) que ocorre o início da inserção dos princípios no processo, acarretando (com o neoconstitucionalismo) o que hoje resta compreendido como o panprincipiologismo. Assim, com a resignificação do princípio dispositivo o processo passou a, supostamente, abarcar as complexidades sociais

⁷⁸⁹ 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 processos (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, 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**. 14. ed. São Paulo: Malheiro, 2009. p. 95.

(**publicismo**), procedimento que propiciou a ampliação dos poderes constituídos, em especial do Judiciário que, deixando de ser a “Boca da Lei” transformou-se, inicialmente em “Boca da Constituição” (efetividade/substancial dos direitos constitucionais), e na sequência em uma boca que não mais apenas diz/dita (*ius dicere*) as regras (gerais e abstratas) mas faz (*ius facere*) normas individuais e concretas, procedimento motivado (e não fundamentado) pela “ampliação dos horizontes interpretativos” (e criativos) do juiz que, agora, assume o protagonismo quando do retorno dos valores ao direito o que passa a fazer ao alargar (juízos inautênticos) o campo “interpretativo” compreendendo os princípios como valores (subjettivismos). Esse sistema, conforme já manifestado, resta questionado quanto a sua legitimidade, em especial no tocante aos limites do intérprete, principalmente pelo fato de que a referida ampliação de horizontes acaba, muitas vezes, por extrapolar o (con)texto jurisdicional objetivado, seja pelo privatismo e/ou publicismo, expediente motivado por uma pretensa responsabilidade política do juiz pautada, neste período, pelos sentimentos fruto dos valores implícitos na Constituição, momento em que o processo não mais estaria amarrado pela subsunção, ocorrendo uma “oxigenação/ampliação” dos sentidos (decisão vem de sentir? Quem define os valores/princípios constitucionais?).

Muito embora apresente diferenças do processo instituído no princípio do dispositivo legal fruto do privatismo (decisão já definida pelo império da lei – silogismo/subsunção jurídico(a)) em que o exercício democrático das partes, pelo processo, era posto de soslaio, com a constitucionalização, como narrado, muito embora a democracia (representativa) deixe de ser meramente formal/procedimental em busca da efetivação da matéria/substância fruto das conquistas históricas da humanidade (direitos humanos/fundamentais), o sistema ainda peca por manter-se representativo vertical (democratização do processo e não da decisão), momento em que o Juiz Boca da Lei (*ius dicere - lex – eficiência*) resta substituído pelo Juiz Boca da Constituição (*ius facere – lex – efetividade*) e/ou Juiz Boca dos Valores (*ius facere – valor – efetividade*), momento em que, pelo princípio do dispositivo constitucionalizado, o protagonismo sai do Legislativo como Poder Supremo e afigura-se no Judiciário que, nesta quadra da história, passa a ser concebido como Poder Supremo, substituindo a filosofia exegética pela filosofia da consciência,^{790, 791, 792} (da restrição da lei – positivismo exegético –

⁷⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 86.

⁷⁹¹ BRUS, Florence. **Le principe dispositif et le proces civil**. 2014. f. 337-338. (Thèse Docteur en Droit) -- Université de Pau et des Pays de L’adour, Mont-de-Marsan, 2014.

⁷⁹² Il 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

a maximização dos princípios - panprincipiologismo). Assim, muito embora em polos distintos (diversos) quanto ao resultado a ser aferido quando da decisão judicial, esta resta deslegitimada (democraticamente) pela mesma razão, eis que mantém a verticalização própria de um sistema representativo em que as partes, quando do objeto do debate processual (diálogo – poder policêntrico), restam desconsideradas.

Assim, inobstante a democracia substancial constitucional tenha apresentado um importante reconfiguração do princípio dispositivo, sendo este um significativo marco de redemocratização da democracia e, agora, do processo, a manutenção do expediente verticalizado de poder continua castrando (dos reais interessados/verdadeiros cidadãos) a efetiva participação democrática (a ser exercida no objeto do debate processual). Esta realidade resta demonstrada pelo fato de que o protagonismo, neste sistema, deixando de ser do Estado Legislador (democracia representativa formal) passou para o Estado/Juiz (democracia representativa substancial) que, muito embora reconheça o contraditório e a ampla defesa como mecanismos de democratização do processo (nova forma de participação do povo no jogo social), compreendem que a legitimidade (*auctoritas*) estaria no Judiciário (Estado/Juiz) quando do reconhecimento/motivação da decisão pautada em princípios/valores implícitos na constituição e desvelados por ele (solipsismo).

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 invero «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 sconosciuto 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**. 2014. f. 13-15. (Dottorato di Ricerca – Diritto dei Contratto) -- Università degli Studi di Cagliari, Cagliari, 2014.

Nesse contexto criativo (discricionário e, muitas vezes, arbitrário) resta questionada a necessária legitimidade democrática (*auctoritas*) da decisão que resta apenas motivada (resposta monocrática – *ius facere*) uma vez que pautadas em supostos valores/princípios (subjetivos) que, em muitos casos (políticos/ideológicos), destoam do contexto fático e fenomenológico que permeia o objeto do debate, decisões estas que, não raro, extrapolam o contexto do diálogo apresentado pelas partes no processo (decisões *ultra, extra e citra petitas*), sendo que, em uma verdadeira democracia participativa (horizontalizada), o objeto do debate não só deveria constituir o objeto do processo mas, sim/também, legitimar democraticamente (contraditório e ampla defesa) a decisão judicial (*auctoritas*), esta fruto (agora) de um contexto social/político apresentado, também, pelas partes (privativismo) e pelo contexto social (publicismo) e não só pelo Estado e/ou Juiz, configurando uma nova realidade democrática, agora, participativa e eficaz (neorevisionismo).

É nesse contexto que a presente Tese questiona a legitimidade democrática do Judiciário/Juiz. Para o estudo em comento a legitimidade democrática deve estar na Decisão que, deixando a simples motivação (verdades inautênticas) pautada em valores/princípios solipsistas, em uma verdadeira democracia participativa deve ser fundamentada por um contraditório forte quando da construção (policêntrica) do objeto do debate processual (ampla defesa)⁷⁹³ sendo estes não mais elementos meramente formais/procedimentais e/ou substanciais (Estado Moderno e Constitucional) do processo, mas elementos fundamentais/essenciais (Estado Pós-Moderno) para a necessária configuração (legitimidade) de uma decisão eficaz (construção normativa no caso em concreto), garantindo ao cidadão o protagonismo quando da resolução do feito, passando a **contruir uma jurisdição compartilhada fruto de uma decisão compartilhada/democrática/dialética/horizontalizada e não mais um determinação unilateral/impositiva/monóloga/verticalizada.**⁷⁹⁴

⁷⁹³ 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. CALAMANDREI, Piero.

Proceso y democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1960. p. 157.

⁷⁹⁴ Dunque nel processo il giudice non 'e mai solo. Il processo non 'e um monologo? 'e um dialogo, uma conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche, un incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropunte, di attacchi 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 stmolì che le arrivano dal comportamento del giudice e dela contraparte. CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche.** Napoli: Morano, 1968. v. 1, p. 679.

Nesse contexto, o contraditório assume um papel importantíssimo, não só no sentido de dinamizar, substancializar e desvelar fática e fenomenologicamente os problemas sociais, mas, em especial, de legitimar (substancialmente e não apenas formalmente) a decisão a ponto de torná-la não tão só eficiente/efetiva e, sim, principalmente, eficaz.^{795,796} A Decisão, deixando de ser delimitada de forma monocrática (verticalizada – Estado Juiz), resta configurada pelo contraditório o que passa a ser construído de forma coletiva/compartilhada/policêntrica pelas partes interessadas no feito, momento em que a pretensa legitimidade (*auctoritas*) do Estado-Juiz resta redimensionada na figura dos partícipes sociais, ou seja, as partes (quando do objeto do debate processual), compartilhando poderes com o Estado Legislador e Juiz, passam a legitimar/fundamentar uma decisão, agora, coletivizada e não mais, meramente, judicial.

Cooperar, para essa nova fase do Direito (Pós-Moderna) em que, perpassando os direitos de primeira e segunda geração, busca-se a famigerada terceira dimensão (transindividual) propugna a compreensão de **Participar**, uma vez que o processo, deixando de ser um elemento meramente procedimental estatal de Entrega da Tutela Jurisdicional, passa a ser um eficaz espaço democrático em que os partícipes (aliados do processo democrático tradicional representativo), em conjunto, responsabilizam-se pela construção (na jurisdição) de soluções jurídicas para os fenômenos sociais a serem desvelados no/e/pelo diálogo quando do objeto do debate que, por sua vez, reconfigura não só o objeto do processo como legítima, democraticamente, a decisão judicial, momento em que o protagonismo sai do Estado/Juiz (democracia vertical) e chega, também, nas partes (democracia horizontal), elementos próprio de um direito de terceira dimensão (ideia humana de *solidariedade*)⁷⁹⁷. A participação, nesse contexto, passa a ser a grande responsável pela dinamicidade processual transitando (sem espancá-los e/ou desconsiderá-los) dos modelos democráticos

⁷⁹⁵ Il 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**, [S.l.], t. 39, p. 23, Sirey, 1994.

⁷⁹⁶ Giusto processo è stato anche interpretato come sinonimo di processo corretto, rinviando tale concetto alle garanzie di contraddittorio (fra le parti, e fra queste e il giudice), al diritto di domanda ed eccezione, ai poteri istruttori 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 analogia 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**. 2007. f. 14. (Tese Dottorale) -- Corso di Dottorato in Diritto Processuale Civile, Università di Bologna, Bologna, 2007.

⁷⁹⁷ [...] 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 compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di sopra degli altri pubblici poteri. DENTI, Vittorio. Giustizia e Partecipazione dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 19.

modernos/constitucionais para o participativo jurisdiccional, expediente responsável pela ressignificação da relação sujeito/objeto para uma relação sujeito/sujeito (sistemática contradogmática⁷⁹⁸), tendo como mote a pretensa superação do formalismo jurídico.⁷⁹⁹

⁷⁹⁸ Toda 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. Típicamente, 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 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 sí mismos. Los escépticos de todas las variedades descreen de la revelación y desconfían de las intuiciones de cualquier tipo, tratan 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 la vida nos enseña que cualquiera—especialmente los demás—puede cometer errores. Pero la vida nos enseña, 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, 2002. p. 184-180.

⁷⁹⁹ In a celebrated 1958 article, H.L.A. Hart, a giant of twentieth-century 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 Rule-Skepticism” 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 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 ill-fated 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

É nesse contexto que, no próximo e último tópico, restarão abordadas as contribuições desse novo modelo processual, mais democrático e participativo, configurado como Pós-Moderno, expediente que permanendo uma nova realidade política e social, propugna (pela Tese em comento) uma reestruturação filosófica e jurídica que, quiçá, permitirá a almejada eficácia quando do deslinde do feito procedimento que legitimará a decisão como fruto de um elemento de horizontalização dos poderes dos partícipes sociais (democracia participativa) e não mais de imposição (legal/constitucional/volitiva) Estatal fruto tão somente de democracia (arcáica) vertical representativa.

5.3 A Decisão Judicial como Auctoritas e o Ius como Eficácia Originada pela Democracia Horizontal

O Direito, poder-se-ia dizer, escreve roteiros que deixam aos atores uma grande parte de improvisação. É preciso, porém, que os atores concordem em entrar no jogo: é precisamente a questão da forma performativa – mais do que imperativa – que se atribuiu as normas jurídicas.⁸⁰⁰

Analisados os elementos configuradores dos modelos de Estado Legislador, Estado Juiz e Estado Constitucional, necessário se faz compreender os desdobramentos desse novo contexto no Estado Pós-Moderno, momento em que o protagonismo pretende-se deslocado dos poderes constituídos em busca de uma necessária legitimação democrática dos partícipes sociais, o que é feito ao (pretensão) deslegitimar o alegado despotismo através da ressignificação do princípio do contraditório.

O dispositivo, nesse novo contexto de ressignificação constitucional, torna-se um princípio voltado à garantia de direitos, deixando de ser um limitador puro e simples (formal/procedimental) do objeto do debate processual sob pena de retroceder (democraticamente) ao engessamentos do Estado Moderno, momento em que o diálogo, fruto do objeto do debate, torna-se o grande responsável pela fundamentação eficaz quando da concretização dos direitos constitucionais e/ou implementação de novos direitos em um

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. TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging.** New Jersey: Princeton University Press, 2010. p. 159-162.

⁸⁰⁰ OST, François. **Contar a lei.** As fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. p. 44.

contexto de Jurisdição Compartilhada pautada em uma Decisão Policêntrica⁸⁰¹. A garantia de um Processo Participativo Democrático (*Es la garantía misma del derecho justo*)⁸⁰² se presenta como um importante elemento de configuração/garantía da participação ativa dos partícipes sociais no jogo político, utilizando-se, para tanto, de um novo *locus* democrático

⁸⁰¹ Sostenía 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 jurisdiccional y la operatividad efectiva del derecho sustancial. De estos “poderes-deberes” del juez, el que es objeto de mayores reparos por quienes postulan un sistema dispositivo puro es precisamente la iniciativa probatoria del juez y sus facultades con relación al contenido del proceso. Sin embargo y tal como con clarividencia señalaba Esclapez con relación a los reparos opuestos a la iniciativa probatoria del juez, el peligro no reside en que el juez exceda sus funciones esclarecedoras, sino en que no las ejerce 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 adquiriera 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**, [S.l.], n. 17, p. 297, Ene./Dic. 2006.

⁸⁰² COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1963. t. 1, p. 57-58.

responsável pelo desvelamento dos fenômenos sociais policêntricos. Assim, substituída a subsunção e a motivação (moderna e constitucional) pelo fundamento democrático (pós-moderno) resta propiciada (de forma dinâmica) a efetivação de novos direitos por uma Jurisdição a ser Compartilhada entre os partícipes do jogo democrático, devendo ela, como já narrado no presente estudo, ser fruto de uma necessária compreensão hermenêutico filosófica pautada em faticidade e fenomenologia, procedimento que garantiria um profícuo reconhecimento de uma necessária, e já tardia, dinâmica social (novos atores/partícipes sociais) que garanta o exercício democrático pelos verdadeiros legitimados (cidadãos ativos).⁸⁰³

Essa reconfiguração democrática da decisão, assim espera-se, propiciaria a superação do (ainda hoje evidente) inquisitorialismo do Estado Juiz que, pautado em filosofias subjetivistas (em especial a filosofia da consciência), respaldado por uma suposta democracia representativa se autolegitima a resolver questões sociais policêntricas (*ius facere* – motivação) restando, nesse contexto abstrativizado e desconectado das realidades práticas, desprovidas de legitimidade material (*auctoritas*) uma vez que pautadas em um modelo de democracia substancial, contudo, ainda representativa/verticalizada/formal. Trata-se da perpetuação de um modelo democrático de legitimidade questionada (povo ícone/legitimador) pela pífia participação dos partícipes (verdadeiros cidadãos) impactando em uma injustificada centralidade política produzida por um protagonismo judicial amparado, ainda, em um direito voltado para os juristas (Austin/Kelsen) e equidistante das necessidades das partes, estas que, desconsideradas quando do jogo democrático tradicional (voto), são apenas consumidoras/objeto de uma decisão estatal (Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado – relação sujeito/objeto).

É com o intuito de mudar este nefasto quadro democrático, em que as partes quando da decisão subsuntiva/motivada (Estado Legislador/Juiz/Constitucional) restam desconsiderados em seu direito de participação na construção do resultado jurisdicional (decisão), que resta proposto um novo mecanismo pautado pela democracia

⁸⁰³ Il valori del giusto proceso 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**, ano 62, v. 202, n.1. p. 110-111, trim. genn./mar. 2012.

horizontalizada/participativa⁸⁰⁴, tendo como esteio o contraditório e a ampla defesa. Trata-se do nascedouro de um modelo democrático horizontal em que as partes restam alçadas a condição de protagonistas (legítimos partícipes democráticos), momento em que (buscando superar a filosofia da consciência) exsurge a hermenêutica filosófica, expediente em que o juiz passa a ser apenas mais um dos (e não o único) responsáveis na estruturação da decisão, uma vez que o objeto do debate processual, perpassando o viés formal, passa a preocupar-se muito mais com os critérios substanciais que lhe são próprios (interesse das partes na solução eficaz e não meramente procedimental do feito) em um jogo democrático no qual resta assegurado aos verdadeiros cidadãos o direito de ouvir e ser ouvido (diálogo policêntrico⁸⁰⁵)⁸⁰⁶, eis que agora pautado em um contraditório forte, elementos que (nessa nova quadra da história) permitirão a necessária/almejada/profícua descentralização do poder, permitindo às partes o compartilhamento das responsabilidades/poderes com o juiz quando do deslinde do feito.

O princípio dispositivo, nesse novo contexto, resta ressignificado pela filosofia política hodierna, sendo relevante, para tanto, a colaboração reativa das partes, o contraditório constitucionalizado, a boa-fé processual e a satisfatividade normativa das demandas, expediente que deve ser garantido pela fundamentação da decisão em sua *endoprocessualidade* e, quanto à responsabilidade sociopolítica, em sua *exoprocessualidade*, momento em que o texto (decisão) produzido(a) de forma compartilhada (jurisdição policêntrica) ganha morada nos contextos sociais como adaptação existencial de sujeitos de necessidades⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao 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. (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 94.

⁸⁰⁵ O diálogo, porém, não pode excluir o conflito, sob pena de ser um diálogo ingênuo. Eles autam dialeticamente: o que dá força ao diálogo entre os oprimidos é a sua força de barganha frente ao opressor. FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 13.

⁸⁰⁶ El 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**. 2013. f. 23. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

⁸⁰⁷ El 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

A ressignificação do dispositivo, nesse sentido, tem influência direta no dualismo direito público e privado (ocorrendo a aproximação de ambos), o que resta materializado pela constitucionalização do direito, expediente que absorve os fluxos das correntes publicistas, privatistas e sociais do direito (soma das liberdades negativas e positivas). O direito não é mais de uns, o direito é de todos. Os paradigmas do direito passam por um período de transição do antigo amalgma científico cartesiano, que vincula a realidade e a lei num simples silogismo, para a complexidade social, que requer desse sistema muito mais do que o silogismo, primando por uma sociedade que pense e repense suas estruturas. É nesse sentido que o princípio dispositivo constitucional torna-se extremamente relevante ao explicitar projeções jurídicas quando do objeto do processo (agora formal e substancial) pelo objeto do debate processual (diálogo coletivo), permitindo às partes, elemento policêntrico, participarem da construção da decisão (jurisdição compartilhada) ao controlar/limitar (pela necessidade de fundamentação) os poderes constituídos, apresentando-se o contraditório como uma fundamental ferramenta democrática (*autorictas*), expediente responsável pela legitimidade da resposta formulada quando do deslinde do feito, superando a visão interpartes do processo.⁸⁰⁸

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 revisitar. 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**. 2013. f. 21-22. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

⁸⁰⁸ Queste 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 altrettanta 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 stabilire 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

Portanto, a Constitucionalização do Processo, viabilizando a Democratização da Jurisdição, acaba por ressignificar não só a estrutura, mas, em especial, a função do princípio dispositivo articulando com o princípio do contraditório em busca da efetiva participação democrática quando da jurisdição que, agora, deve ser compartilhada. Os efeitos positivos dessa nova realidade processual geram, de imediato, mais eficácia quando da tutela de direitos assegurados pela magna carta (reestruturação do objeto do processo formal e substancial) e, ainda, ao redimensionar o objeto do debate processual, garante legitimidade democrática para que as partes compartilhem poder com o juiz na construção da decisão (policêntrica), o que é feito ao rearticular a função jurisdicional (jurisdição compartilhada) oportunizando respostas mais eficazes/responsivas para os novos problemas sociais uma vez que construídas de forma coletiva/horizontal e não mais monocrática/vertical, tornando o ato decisório fundamentando pelo contraditório e pela ampla defesa legitimando, nesse novo contexto democrático, a efetivação de novos direitos.

O início dessa transformação democrática da Jurisdição, como já descrito no tópico anterior, ocorre com a constitucionalização dos direitos, em especial no que tange ao princípio do contraditório, procedimento responsável por transitar (em uma primeira etapa) dos elementos que o configuravam apenas como forma e procedimento (Estado Moderno) em busca da efetivação constitucional como elemento de garantia material e substancial de efetivação de direitos humanos e fundamentais (Estado Constitucional). Contudo, é apenas

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**, Padova, v. 16, pt. 1 p.113-114, 1939.

com a configuração de um pretense Estado Pós-Moderno pautado em uma descentralização do poder (democracia horizontal) que, em uma nova etapa, restará estabelecida a necessária e democrática igualdade de participação (material/substancial e não apenas formal/procedimental) na construção jurisdicional, momento em que as partes, deixando a posição de meros expectadores/consumidores de um direito verticalizado, responsabilizar-se-ão pela conquista de um efetivo e eficaz diálogo (contraditório), este garantido pelos princípios da publicidade e da transparência dos atos processuais, momento em que os fatos e fenômenos desvelados quando do objeto do debate processual serão os parâmetros de legitimação (ou não) democrática da fundamentação (e não mera subsunção e/ou motivação) da decisão policêntrica.

É nesse contexto que o princípio do contraditório resta elevado a direito fundamental⁸⁰⁹, instituto que deve ser respeitado como importante marco na construção de um novo *locus* de materialização democrática, momento em que as partes⁸¹⁰, de forma participativa, deverão não apenas legitimar conquistas históricas da humanidade, mas, também, efetivar novos direitos em uma dinâmica social permeada por novos atores sociais, expediente responsável pela ressignificação desse princípio, só possível pela efetiva colaboração de cidadãos ativos que, conscientes de suas necessidades e potencialidades fáticas e fenomenológicas, não mais aceitam a figura de um Estado centralizador (Legislador/Constitucional/Juiz). Avocando legitimidade democrática, deixam de ser um simples sujeito de direitos (povo ícone/legitimador) para tornarem-se partícipes sociais ativos, ou seja, responsáveis pelos efeitos de seus atos processuais procedimento que, quiçá, propiciará a tão almejada eficácia de uma decisão (policêntrica), sendo esta agora uma construção compartilhada e não mais uma determinação estatal, mudança que impacataria na necessária reestruturação⁸¹¹ processual em que restam amplificadas as participações democráticas (sujeito ativo/partícipe), perpassando a ideia de um Estado-Juiz em busca de um verdadeiro Estado

⁸⁰⁹ [...] 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. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 142.

⁸¹⁰ Conforme visto, a liberdade individual do Estado Reativo passou por diversas alterações com efeitos de várias transformações no âmago das estruturas Estatais, chegando assim ao Estado Ativo-Responsivo, modelo de Estado 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.

⁸¹¹ A 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.

Democrático de Direito, momento em que a decisão, deixando a motivação, resta fundamentada, portanto, legítima.

Esse novo contexto processual exigirá novos profissionais⁸¹² que, perpassando a ideia de operadores do direito, caminham na configuração de verdadeiros juristas. Para tanto, necessário será resgatar o cientista político adormecido nos partícipes democráticos que, castrados pelos formalismos processuais da modernidade⁸¹³, abandonaram o espírito crítico⁸¹⁴ necessário aos novos atores sociais. Assim, premente será a ressignificação não apenas do processo, mas, em especial dos sujeitos processuais que, mudando a concepção das relações intersubjetivas, deverão respeitar/reconhecer e serem respeitados/reconhecidos (de forma igualitária) como sujeitos que vivenciam particularidades existenciais diversas, o que só será possível pelo abandono da relação sujeito/objeto (procedimento em que no processo Moderno e Constitucional o Estado seria o sujeito assujeitador e os destinatários da Tutela Jurisdicional os objetos do deslinde processual) em busca da relação sujeito/sujeito, só possível em um Processo Democrático e Participativo que privilegie os espaços⁸¹⁵ necessários ao debate processual (diálogo) que permeiará/configurará/delimitará o objeto do debate processual, a ponto de, pelo contraditório e pela ampla defesa, permitir o reconhecimento de novos direitos fruto da participação horizontal dos partícipes sociais que, nesse novo contexto, legitimarão a decisão que, deixando de ser verticalizada (*ius facere - efetividade*), torna-se horizontalizada

⁸¹² Seja como for, o jurista que pretenda investigar esta questão – especialmente o processualista, a quem a crise do Direito mais diretamente toca – ver-se-á forçado a abandonar o campo de sua especialidade, para aventurar-se nos domínios insondáveis da ciência política. Na realidade, como já advertiu um pensador contemporâneo, um dos males causador pela excessiva fragmentação do conhecimento, na sociedade moderna, é a inevitável contingência de estarmos governados por pessoas obrigadas a opinar e decidir a respeito de questões alheia ao campo de suas capacitações profissionais. SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 100.

⁸¹³ É preciso que seja capaz de, estando no mundo, saber-se nele. Saber que a forma pela qual está no mundo condiciona a sua consciência deste estar, é capaz, sem dúvida, de ter consciência desta consciência condicionada [...] em lugar de relacionar-se com o mundo, o ser imerso nele somente está em contato com ele. Seus contatos não chegam a transformar o mundo, pois deles não resultam produtos significativos, capazes de (inclusive, voltando-se sobre ele) marcá-los. FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 19.

⁸¹⁴ Afirmamos anteriormente que a primeira condição para que se pudesse exercer um ato comprometido era a sua capacidade de atuar e refletir. É exatamente esta capacidade de atuar, operar e de transformar a realidade de acordo com finalidades propostas pelo homem, à qual está associada sua capacidade de refletir, que o faz um ser da práxis. FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 20)

⁸¹⁵ 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. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 27-28.

(*auctoritas – eficácia*), permitindo-se uma relação jurídica humanizada⁸¹⁶ ao perpassar um modelo de jurisdição formal/estatal em prol de um modelo de jurisdição democrática/participativa/contextualizada fruto da autonomia da vontade das partes que, esclarecidas de seu papel social, assumem o protagonismo em busca de uma compreensão autêntica, uma vez que fruto de uma hermenêutica filosófica fática e fenomenológica.

Esse exercício de cidadania dos novos atores sociais (ativos) permitirá a reestruturação das funções processuais, sendo ela (agora) estruturada pela coletivização de interesses (poder compartilhado) garantida pelo princípio do contraditório, que permite um equilíbrio na delimitação do objeto do debate processual, assegurando um amplo e permanente exercício de dinamicidade democrática ao processo.⁸¹⁷ O expediente narrado é fruto de uma nova compreensão da decisão (horizontalizada), momento em que iniciativa e contraditório (coletivizados na jurisdição/decisão) equilibram as partes no jogo democrático processual, o que é feito pelo debate policêntrico das partes, responsável por desvelar o fenômeno apresentado pelo/no problema social a ser enfrentado, oportunizando novos direitos que exsurtem da dinamicidade existencial, sistema que propiciará a necessária fundamentação da decisão judicial, esta legitimada pelo reconhecimento de um poder, agora, compartilhado/descentralizado (novos atores sociais).⁸¹⁸

⁸¹⁶ Assim, como não há homem sem mundo, nem mundo sem homem, não pode haver reflexão e ação fora da relação homem-realidade [...]. É, portanto, através de sua experiência nestas relações que o homem desenvolve sua ação-reflexão, como também pode tê-las atrofiadas [...]. Estão comprometidos consigo mesmos, com seus interesses ou com os interesses dos grupos aos quais pertencem. E como este não é um compromisso verdadeiro, assumem a neutralidade impossível. O verdadeiro compromisso é a solidariedade [...]. Comprometer-se com a desumanização é assumi-la e, inexoravelmente, desumanizar-se também. FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 20-22.

⁸¹⁷ El 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. 40, p. 38-39, 2017.

⁸¹⁸ La 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

É nesse contexto de coletivização do direito que a Filosofia Hermenêutica permite o desvelar interpretativo do *ser* pela linguagem⁸¹⁹, o que é feito pela compreensão fática/fenomenológica pautada na reconfiguração democrática própria de um novo contexto intersubjetivo (relação sujeito/sujeito), só possível com a superação da suposta simplicidade pregada por um contexto social forjado pelos ideais da Jurisdição Legal, sendo esta fruto de uma dialética (moderna) assujeitadora (relação sujeito/objeto).⁸²⁰ Assim, em um novo contexto policêntrico, com nascedouro (incipiente) no Estado Constitucional, necessário se faz perpassar, agora, o subjetivismo da motivação constitucional (Jurisdição Constitucional/Neoconstitucionalismo/Filosofia da Consciência), procurando reconstruir, pelo

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, ils 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*. [S.l.], v. 17, n. 1, p. 21-22. 1991.

⁸¹⁹ [...] o homem tem um mundo e vive num mundo por causa da linguagem. PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 210.

⁸²⁰ 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 con Heráclito: sólo quien es consciente de lo inesperado y de lo que no se puede esperar encontrará colmadas sus esperanzas. GADAMER, Hans Georg. **El giro hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1995. p. 185.

diálogo⁸²¹ horizontalizado fruto do contraditório, a legitimidade da decisão que, nesse novo contexto, resta fundamentada pelo objeto do debate⁸²² processual (e não mais pela simples autoridade procedimental própria de democracias representativas/verticalizadas) que, em um novo contexto social, (policêntrico/democrático/horizontalizado), se perfaz pela linguagem⁸²³ em uma relação intersubjetiva (sujeito/sujeito)⁸²⁴.

Contudo, importante compreender que, objetivando o não retrocesso aos subjetivismos próprios dos períodos volitivos (por exemplo os frutos do movimento do direito livre), necessário se faz estabelecer um diálogo contextual (faticidade) diverso da Habermasiana que, limitada ao texto (verdade inautêntica), ignora o necessário contexto em que deve ocorrer a consciente produção do sentido (verdade autêntica)⁸²⁵, esta possível apenas quando inserido no mundo do ser (fenomenologia). Esse exercício democrático (debate processual) é necessário para que o paradigma teórico linguístico seja superado, uma vez que a verdade não é alcançada de forma metodológica/verticalizada, mas, sim, de forma dialética/horizontalizada (verdade como antítese do método).

⁸²¹ 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. 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**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. v. 2: Filosofía, historia, ciencias sociales, p. 60-61.

⁸²² 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 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 relacionam e daquela unidade participam. REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 188-189.

⁸²³ 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. GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Salamanca: Sígueme, 1998. t. 2, p. 152.

⁸²⁴ [...] 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 [...]. ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica uma configuração entre amizade aristotélica e a dialética dialógica. **Revista de Filosofia Síntese**, Belo Horizonte, v. 31, n. 100, p. 193, 2004.

⁸²⁵ As 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 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: Líder, 1988. p. 43-44.

Assim o método⁸²⁶, mecanismo utilizado pelos Estados Moderno (Democratização do Estado) e Constitucional (Democratização da Democracia), permitia a centralização do poder na figura do Estado uma vez ser um dos grandes responsáveis pela configuração da relação sujeito/objeto (filosofia analítica objetificante), ou seja, não interessada pelos conflitos intersubjetivos (relação sujeito/sujeito) fruto do debate processual sendo este, nos modelos apontados, um mero procedimento formal e não, como deve ser no Estado Pós-Moderno (Democratização da Jurisdição e da Decisão), um elemento de configuração do contraditório que, nessa releitura processual/jurisdicional, deve ser compreendido como um princípio que fundamenta a decisão, expediente possível apenas pelo diálogo⁸²⁷ em uma democracia participativa horizontal (superação da ideia clássica de contraditório)⁸²⁸. É nesse novo contexto que deve ocorrer o desvelamento dos fenômenos/problemas sociais quando da construção, pelo processo, jurisdicional (coletiva/compartilhada) permeada pelos partícipes como fruto de uma linguagem policêntrica (novos atores sociais responsáveis pelo perpassar da democratização do processo em busca da democratização da decisão), cidadãos ativos que efetivando garantias constitucionais legitimam a jurisdição, o que fazem ao redimensionar os efeitos do objeto do debate processual.

Nos moldes do narrado até o presente momento, resta evidente que, para a democratização da decisão, deve ser enaltecida (não apenas como forma e/ou substância, mas, como efetiva horizontalização participativa) a importância do diálogo/contraditório⁸²⁹ (direito

⁸²⁶ Não posso, por isso mesmo, burocratizar meu compromisso de profissional, servindo, numa inversão dolorosa de valores, mais aos meios que ao fim do homem. Não posso me deixar seduzir pelas tentações míticas, entre elas a da minha escravidão às técnicas, que, sendo elaboradas pelos homens, são suas escravas e não suas senhoras. FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 25.

⁸²⁷ 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.

⁸²⁸ 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 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. ⁸²⁸ 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.

⁸²⁹ La dialettica processuale risulta, pertanto, fonte di diritto; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionale anche, e soprattutto, alla determinazione della norma della norma giuridica pre-posta al caso in giudizio (tanto da non rappresentare il processo negli angusti spazi dall'applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che proprio nel processo, caratterizzato dall'inedere dialettico, non solo si scorga e si individui la norma regolatrice, ma anche che nello stesso processo, in grazie all'attività dialéctica delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, ovvero creata. MORO, Paolo (org.). **Il diritto come processo: principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista**. Milano, Italy: Franco Angeli S.R.L., 2012. p. 92.

fundamental que ensejará o necessário perpassar a democracia vertical⁸³⁰ em busca da democracia horizontal), nesse novo contexto reconhecidos como princípios constitucionais responsáveis por fundamentar/legitimar uma decisão policêntrica⁸³¹. Esse expediente só será possível pela necessária releitura hermenêutica dos problemas sociais (elementos fáticos e fenomenológicos debatidos de forma compartilhada – democracia horizontal), propiciando a eficaz (autêntica⁸³²) construção de uma resposta jurisdicional. Essa releitura democrática, assim espera-se, oportunizaria a tão almejada relação sujeito/sujeito (reconhecimento mútuo do sentido humano do ser – reciprocidade) que, nas palavras de Jean Jackes Rousseau⁸³³ propiciaria a compreensão de que todos são ao mesmo tempo soberanos⁸³⁴ e vassalos, momento em que, pelo compartilhamento das forças (Poder Policêntrico: Estado – Sociedade Civil – Cidadão), apenas o Direito (e não as Partes o Legislador e/ou o Judiciário – perpassar

⁸³⁰ Os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardam, uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista em que a democracia moderna transformou-se. SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 106.

⁸³¹ 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 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 juiz enxerga em sua decisão. WILD, Rodolfo. **A epistemologia do princípio do livre convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. 2016. f. 153-154. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2016.

⁸³² 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. PALMER, Richard. **Qué es la hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. p. 167.

⁸³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

⁸³⁴ 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 método**. 8. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. t. 1, p. 348.

o privatismo e o publicismo em nome da vontade geral – neorevisionismo) estaria em posição hierárquica de superioridade.⁸³⁵

Assim, a função jurisdicional Pós-Moderna resta marcada pela importância da participação democrática dos partícipes desse novo jogo (cidadãos ativos e não mais meros objetos: povo ícone/legitimador)^{836 837}, momento em que a decisão deixa de ser apenas um *ius dicere* (Estado Moderno – Protagonismo do Legislador - Silogismo) e/ou um *ius facere* (Estado Constitucional – Protagonismo do Judiciário - Motivação) em busca da tão almejada *auctoritas* (Estado Pós-Moderno – Protagonismo das Partes – Fundamentação Hermenêutica Filosófica), momento em que o contraditório⁸³⁸ resta alçado a condição de fundamento /legitimidade (princípio constitucional) de uma decisão compartilhada/descentralizada, procedimento em que a jurisdição resta atrelada a necessária e efetiva (não apenas formal e procedimental) participação da partes (relação sujeito/sujeito) no debate processual, razão pela qual necessita restar contextualizada e fundamentada, não mais sendo permitido mero silogismo (Estado Moderno) e/ou motivação⁸³⁹ (Estado Constitucional).^{840 841}

⁸³⁵ 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 [...] 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 (litispendência, inevitabilidade do poder), sujeição às diversas manifestações do poder em atos específicos inerentes aos processos (inclusive, constringões), 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 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**. 14. ed. São Paulo: Malheiro, 2009. p. 95.

⁸³⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 100.

⁸³⁷ MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. A questão fundamental da democracia. São Paulo: 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.

⁸³⁸ O processo como procedimento em contraditório: uma ideia simples e genial, que afasta do velho e inadequado clichê panteístico da relação jurídica processual, esquema estático que leva em conta a realidade, mas não 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 não advenha de medida jurisdicional e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento jurisdicional deve no caso concreto, ser emitido ou recusado. FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 5.

⁸³⁹ No 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

Diante do exposto, essa releitura processual (democrática⁸⁴²), como já descrito em linhas anteriores, exigirá não apenas alterações no contexto jurisdicional, mas, em especial, na “formação profissional⁸⁴³” uma vez que os debates processuais exigirão (para que legitimem e fundamentem uma decisão policêntrica) um conteúdo sócio/jurídico a restar desvelado/materializado pelas partes quando do objeto do debate processual, razão pela qual não mais restará possível o famigerado “dai-me os fatos que lhe dou o direito”, ou seja, não mais tratar-se-á de mera Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, mas, sim, de uma efetiva construção coletiva/participativa do direito pelas partes no/pelo contraditório⁸⁴⁴, procedimento que exigirá a transformação de operadores do direito (terminologia que remete a profissionais

as partes quanto, mais do que tudo, 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 possível apenas individualizar as estradas irrecorríveis 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: Forense, 2000. p. 143-143.

⁸⁴⁰ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 142.

⁸⁴¹ 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. PALMER, Richard. **Qué es la hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. p. 282.

⁸⁴² La 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: Laterza, 2007. p. 5.

⁸⁴³ Essas 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. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71 e 79-84.

⁸⁴⁴ L'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**. 2014. f. 85-86. (Thèse Docteur en Droit) -- Université de Pau et des Pays de L'adour, Mont-de-Marsan, 2014.

tecnicistas – metodológicos) em verdadeiros juristas⁸⁴⁵ conscientes de sua função social/política⁸⁴⁶ quando do exercício da jurisdição⁸⁴⁷.

Esse novo contexto de emancipação dos sujeitos de direito dos métodos processuais assujeitadores (Moderno e Constitucional), resta configurado por um necessário protagonismo/emancipação das partes o que deve ser feito objetivando reequilibrar uma relação de forças entre o Estado, o Direito, Sociedade e Cidadãos (cidadania ativa), expediente próprio de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do artigo 3º da CF)⁸⁴⁸ que permite ao povo exercer seu poder por meio de seus representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente (democracia participativa), conforme determina o parágrafo único do artigo primeiro⁸⁴⁹ da magna carta (dos princípios fundamentais). É nesse contexto que restando falho o mecanismo vertical apresentado pelo sistema democrático representativo (voto) que os verdadeiros cidadãos, em busca de resolução de conflitos policêntricos⁸⁵⁰ (próprios de uma sociedade complexa) passaram a conceber a jurisdição não mais como simples pretensão de uma Tutela Estatal (formal/procedimental), mas, sim, como um expediente que, pela democratização da decisão, transforma-se num sistema que permite

⁸⁴⁵ Não devo julgar-me, como profissional, “habitante” de um mundo estranho; mundo de técnicos e especialistas salvadores dos demais, donos da verdade, proprietários do saber, que devem ser doados aos “ignorantes e incapazes”. Habitantes de um gueto de onde saio messianicamente para salvar os “perdidos”, que estão fora. Se procedo assim, não me comprometo verdadeiramente como profissional nem como homem. Simplesmente me alieno. FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 25.

⁸⁴⁶ 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-América, 1960. p. 56 e 86-87

⁸⁴⁷ [...] la dialéctica de la pregunta y la respuesta lleva a cabo una fusión de horizontes [...]. PALMER, Richard. **Qué es la hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002. p. 286.

⁸⁴⁸ **Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:** I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 6 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

⁸⁴⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. **Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.** 6. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

⁸⁵⁰ El 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**. 2013. f. 23. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

(contraditório e ampla defesa) um efetivo debate (fático/fenomenológico) em busca da resolução compartilhada dos problemas sociais, sendo este o novo contexto do que resta concebido como pretensão processual⁸⁵¹ (direito como reflexo da relação entre as partes deixando o Estado⁸⁵² de ser, nessa nova perspectiva, o titular exclusivo das pretensões jurisdicionais).

Nos moldes do proposto pela presente Tese, pela ressignificação do contraditório e da ampla defesa, o processo não deve limitar-se ao elemento estático da *lex*, sendo o objeto do debate processual o *locus* democrático que legitima a dinamicidade do *ius* quando da resolução concreta dos problemas sociais⁸⁵³, isso pelo fato de a jurisdição (Estado Pós-Moderno) não mais se limitar ao mero *ius dicere* (Estado Moderno) e/ou *ius facere* (Estado Constitucional). Pela participação ativa do cidadão (poder compartilhado) quando do desvelar fático/fenomenológico (contraditório e ampla defesa), a Decisão deve ser legítima (*auctoritas* das partes – diálogo policêntrico para o deslinde do feito)⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Pretensão processual, mérito e objeto do processo são, portanto, conceitos sinônimos, que supõem uma declaração de vontade feita pelo autor, através de uma petição fundamentada, para obter uma sentença. RIBEIRO, 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 (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 28.

⁸⁵² 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, sensação 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. BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 10-11. (Coleção Ajuris, 5).

⁸⁵³ RIBEIRO, 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 (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 39.

⁸⁵⁴ Esta 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**: hacía una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M Bosch, 2004. p. 56.

Para tanto a Jurisdição Democrática proposta resta configurada não apenas por leis (*lex*), mas, também por princípios e normas (*ius*), contudo, estes deixam de ser concebidos como expressões valorativas/argumentativas (*discricionárias/arbitrárias – argumentações e/ou motivações abstratas/descontextualizadas*) fruto da filosofia da consciência e passam a ser compreendidos (facticidade e fenomenologia) pela filosofia hermenêutica pautada no contraditório e na ampla defesa em um *locus* privilegiado pelo debate processual coletivo/policêntrico (*fundamentação principiológica com legitimidade democrática*) em que restam compreendidos os elementos estruturantes dos conflitos sociais, expediente materializado/desvelado em uma decisão eficaz uma vez que legitimada por um contexto democrático horizontal (poder compartilhado).

A Jurisdição Democrática, nesse norte, apresenta-se como mecanismo de controle do Poder Jurisdicional do Estado/Juiz, o que é feito pela pretensa descentralização do poder, momento em que a legitimidade (*auctoritas*) deixa de ser atribuição procedimental (exclusiva) do Estado (Legislador/Juiz), sistema próprio de uma Democracia Representativa Vertical (arraigada a ideia de voto), para alocar-se na participação/coletivização do Debate Processual, mecanismo que propicia a contextualização hermenêutica filosófica (fática e fenomenológica) dos problemas sociais, sistema responsável não só pela dinamicidade processual, que garante às partes uma efetiva participação democrática na construção do direito (*ius*), mas, principalmente a legitimidade/fundamento da decisão policêntrica, devendo ela ser o reflexo do contexto fruto de um poder compartilhado (democracia participativa horizontal).

A Decisão apresentada no âmbito de um processo democrático participativo (Jurisdição Democrática), muito embora ainda reste chancelada pela alcunha de Judicial, nesse novo espectro, passa a ser uma construção descentralizada/compartilhada em que o Juiz e as partes, pautados por um modelo de democracia horizontal, dividem funções no sentido de (pela linguagem/diálogo)⁸⁵⁵ desvelar/compreender (hermenêutica filosófica) de forma policêntrica as condições em que restam materializados os contextos sociais (pré-compreensão) necessários à legitimação/fundamentação fática e fenomenológica da decisão.

⁸⁵⁵ El 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 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 método**. 8. ed. Salamanca: Sígueme, 1999. t. 1, p. 363.

Esse compartilhar de poder (perpassando a separação e a divisão de poderes), é necessário para que reste espancado todo e qualquer reducionista exegetico e/ou expansão volitiva, ambas objetificantes (relação sujeito/objeto), em nome de uma nova cultura (democracia participativa e horizontalizada) de reconhecimento das intersubjetividades conflitantes (policêntricas – relação sujeito/sujeito) passíveis de correlacionar/contextualizar texto/regia (*lex*) pautados em tradições/princípios (*ius*) uma vez que presos em um determinado contexto social/político/jurídico responsável pelo constrangimento interpretativo (dialogada/compartilhada) que, inibindo exegetismos e solipsismos, não mais permite que o Estado/Juiz diga qualquer coisa sobre qualquer coisa.⁸⁵⁶

Diante do exposto, o fenômeno desvelar-se-á pelo jogo processual de perguntas e respostas⁸⁵⁷ construído pelas partes, procedimento assegurado por um contraditório (ressignificação de seu clássico modelo) que, constitucionalizado (democratização do processo/jurisdição), garanta de forma efetiva (não como mera forma e/ou procedimento) o exercício democrático dos cidadãos ativos quando da construção do objeto do debate processual, momento em que à esse novo ator social (representado por juristas e não mais por meros operadores do direito) reste proporcionado (democracia horizontal) condições de “poder” (amplo sentido do termo) ouvir e ser ouvido (pré-compreensão) e de participar na construção compartilhada da solução (democratização da decisão) dos conflitos policêntricos.

⁸⁵⁶ Ver: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸⁵⁷ Según 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 «plantada» 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.

No tocante ao objeto do debate importante, para a Tese em comento, reconhecer que é ele o *locus* em que a democracia torna-se participativa e horizontalizada (poder compartilhado) pela *práxis* jurisdicional (diálogo pautado no contraditório e na ampla defesa) momento em que, pela compreensão hermenêutica filosófica (fática/fenomenológica)⁸⁵⁸, os cidadãos ativos de forma coletiva e participativa (linguagem), com o Estado/Juiz, desvelam os fenômenos que permeiam os problemas sociais e fundamentam/legitimam a decisão que, perpassando o *ius dicere* (Estado Moderno) e o *ius facere* (Estado Constitucional), passa a ter *auctoritas* (Estado Pós-Moderno). É o perfil de dinamicidade do objeto do debate que configura a necessária redemocratização (que no Estado Moderno foi do Estado e no Estado Constitucional foi da democracia e agora no Estado Pós-Moderno passa a ser) do processo, da jurisdição e, em especial, da decisão, como fruto dessa democratização horizontalizada das partes no jogo de perguntas e respostas contextualizadas quando do necessário desvelar do fenômeno social em debate⁸⁵⁹.

Pelo exposto resta compreendido (assim espera-se) que é pela *práxis* desencadeada pelo/no processo democrático (horizontal) no bojo do objeto do debate processual que resta estabelecida a *lide*, esta concebida pelo Professor Darci Guimarães Ribeiro⁸⁶⁰ como *pretensão processual*. E é pela *lide*⁸⁶¹ que resta perpassada a dualidade processual (própria dos Estados

⁸⁵⁸ De 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**, [S.l.], n. 11, p. 676-677, ene./dic. 2017.

⁸⁵⁹ 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. RIBEIRO, 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 (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 37-38.

⁸⁶⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: hacía una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M Bosch, 2004.

⁸⁶¹ 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. PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 2013. f. 138-139. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

Moderno e Constitucional) objetivando o deslinde dos problemas sociais que passaram a ser policêntricos⁸⁶² (democratização da decisão), eis que permeados por fenômenos que são reflexos de um contexto social diverso do vivenciado quando da estruturação da jurisdição legal e constitucional⁸⁶³, razão da necessidade dessa redemocratização que desencadeia o nascedouro de uma jurisdição compartilhada. Nesse contexto, é no desencadear da *lide*, permeada por um poder descentralizado que a compreensão hermenêutica, contextualizada pelos fenômenos policêntricos e respaldada na filosofia jurídica como condição de possibilidade para uma interpretação autêntica (espancando, como já narrado, exegetismos/discricionariedades e solipsismos/arbitrariedades), legitimará uma decisão horizontal, e não mais vertical, fundamentada (*auctoritas*).

Para tanto, o Processo Democrático do Estado Pós-Moderno tem como limites, ao agir jurisdicional, os princípios constitucionais fruto da democratização da democracia e, agora, da decisão (ampliação dos poderes – efetiva participação das partes) ao propiciar preocupações que, perpassando a democracia formal/procedimental, deu azo a democracia material/substancial, expediente que, na concepção garantista do direito, oportunizou a constitucionalização dos direitos humanos na condição de direitos fundamentais sendo, assim, de suma importância (nesse contexto) para essa nova fase da jurisdição (democrática) as contribuições da jurisdição constitucional, eis que nela restaram fixados os elementos

⁸⁶² En 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 fisonomía policéntrica. Lo que haré en este capítulo es mostrar que tal fisonomía 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 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.

⁸⁶³ 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, 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. **Themis - Revista de Derecho**, Perú, ano 45, n.58, p. 99, 2010.

configuradores dos princípios constitucionais que permeiam (e devem permear) a práxis processual pós-moderna, em especial, o princípio do contraditório.

Muito embora, pela teoria clássica, reste cindida a matéria de direito e a matéria fática, a primeira concebida como o mérito que compreenderia o objeto do processo (questões de direito) e a segunda debatida quando da lide oportunizada pelo objeto do debate (questões de fato), pela jurisdição democrática participativa ocorre a reconfiguração deste último, tornando-o responsável pela fundamentação fática e fenomenológica da decisão. Sendo um momento de poder compartilhado (democratização da construção do resultado pelo diálogo horizontal/participativo) oportuniza nele (também) o necessário debate jurídico/principiológico, procedimento este garantido (direito fundamental) pelo contraditório como princípio constitucional. Esse sistema preconiza a necessária superação do modelo processual pautado (única e exclusivamente em regras) meramente formal/procedimental, dando azo a um novo contexto jurídico formado por princípios, regras e normas⁸⁶⁴.

Para tanto, muito embora o princípio dispositivo objetive (inicialmente) delimitar o litígio, o direito (compreendido como uma fonte de proteção/amparo/garantia à convivência humana) apresenta preocupações quanto as arbitrariedades (excesso de poder). É nesse contexto que surge o Estado Constitucional (período posterior a 1948), momento em que as constituições passaram contemplar (em seu bojo) direitos humanos/fundamentais. Trata-se, como já narrado, da democratização da democracia que, perpassando a democratização do Estado, transita do modelo jurisdiccional do *ius dicere* (subsunção – discricionariedade) para o *ius facere* (argumentação/motivação – arbitrariedade). Muito embora a pretensa evolução do primeiro modelo ao segundo, ambos restam presos a um mecanismo democrático vertical em que a jurisdição (legal/constitucional) permanece formal/procedimental. Apenas com a democratização do processo (jurisdição democrática) é que resta possível a democratização da decisão (pela horizontalização democrática – poder policêntrico) pautada no princípio do contraditório constitucional, propiciando uma releitura da construção jurisdiccional em busca do fundamento (*auctoritas*), sendo este um importantíssimo freio às discricionariedades e/ou arbitrariedades termos que (independente dos conceitos que lhes sejam imputados), pela presente Tese, apresentam como desfecho uma decisão não democrática.

⁸⁶⁴ 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». SOLIDORO, Laura. **Il giudice e il fatto:** nuove suggestioni del pensiero vichiano. [S.l.], 2014. p. 19. Disponível em: http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2014/contributi/2014_Contributi_Solidoro.pdf. Acesso em: 05 maio 2018.

Ambos, discricionariedade e arbitrariedade, são desvios democráticos fruto do protagonismo do Estado Legislador/Juiz, momento em que (pelo silogismo e/ou motivação) não restam respeitados os marcos constitucionais (fáticos e fenomenológicos) que configuram um Estado Democrático de Direito, razão pela qual o dispositivo não pode ser delimitado de forma (solipsista/formal/procedimental) rígida em momento diverso do objeto do debate processual, sendo que é nele (*práxis*) que restarão materializados, de forma contextualizada (contraditório e ampla defesa), os elementos que configuram os problemas sociais (Jurisdição Democrática) deixando o protagonismo do Estado-Juiz quando da construção de uma decisão compartilhada (descentralização do poder jurisdicional), momento em que as partes, pela efetiva participação democrática horizontalizada, responsabilizam-se (protagonismo democrático) pela construção participativa/coletiva/horizontal de uma resposta aos conflitos policêntricos. É no contexto do objeto do debate que o ocorre a vinculação do Estado-Juiz ao Processo (Jurisdição Democrática), momento em que lhe resta impossível decidir pautado em subsunções, argumentações e/ou simples motivações (filosofia da consciência) restando constringido por uma hermenêutica permeada em um contexto fático, fenomenológico pautado em princípios constitucionais desvelados pelo contraditório e pela ampla defesa (filosofia jurídica). Para tanto os princípios constitucionais devem ser compreendidos não como valores (abertura interpretativa) mas como elementos históricos⁸⁶⁵ que permitem a necessária pré-compreensão (desvelar).

A Jurisdição Democrática, pelo procedimento descrito neste instrumento, objetiva demonstrar a necessidade de que a decisão reste legitimada, devendo, para tanto, ser produzida de forma coletiva/participativa (democracia horizontal) e nos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito, momento em que, superando o *ius dicere* (Estado Moderno) e o *ius facere* (Estado Constitucional) conquista a necessária *auctoritas* (Estado Pós-Moderno), ou seja, perpassando a fase da *lex* (eficiência/efetividade) oportunize o verdadeiro *ius* (eficácia) ao reaproximar o Estado, o Direito, a Sociedade e os Cidadãos em uma relação que deixando de ser dual/metafísica/abstrata, reconheça/desvele os interesses conflitológicos policêntricos o que só será possível se, superada a filosofia da consciência, restar (pela filosofia jurídica) reconhecida a importância dos princípios constitucionais para o mundo do direito. É nesse contexto que, perpassando o princípio da legalidade, exsurge o princípio da constitucionalidade momento em que a interpretação das regras gerais e abstratas dependem

⁸⁶⁵ 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. SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Epistemologia das ciências culturais**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012. p. 18.

da compreensão hermenêutica filosófica (facticidade e historicidade) dos princípios⁸⁶⁶ que norteiam a carta constitucional que, ao serem concretizados (caso em concreto) devem perfectibilizar normas (individuais e concretas) que restem fundamentadas (contraditório e ampla defesa) no delinear do objeto do debate processual (jurisdição democrática horizontal), momento em que restarão materializadas as potencialidades sociais fruto de uma nova relação social policêntrica.

As transformações estatais aqui descritas, demonstram a importância do modelo (Estado Pós-Moderno) jurisdicional democrático participativo (ativo) único, quiçá, passível de superação da filosofia da consciência⁸⁶⁷, perpassando as críticas⁸⁶⁸ direcionadas a arbitrariedade e a discricionariedade, as quais, com razão, buscam limitar os desvios democráticos perpetrados pelo Estado/Juiz seja no modelo compreendido pelo silogismo jurídico (subsunção) seja no modelo configurado por teorias argumentativas (motivação), ambos de viés democrático vertical próprio de mecanismos que propugnam a ideia de centralização de poder (processo não democrático pautado apenas em forma e procedimento).

⁸⁶⁶ [...] 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. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ílícitos atípicos:** sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

⁸⁶⁷ Entretanto, em um nível mais sofisticado, esse triunfo da discricionariedade deve 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 represtinar 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...! STECK, 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.

⁸⁶⁸ A 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.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme delineado no decorrer do presente estudo, o principal mote do trabalho é a discussão sobre a legitimidade das decisões judiciais pós-modernas para a concretização/criação (jurisdição democrática) dos avanços normativos/culturais em prol da melhoria da condição social da humanidade. O desafio pós-moderno quanto a necessária releitura democrática é proporcionar a hibridização dos sistemas de democracias representativas formal (forma e procedimento) e substancial (conteúdo e substância) com a participativa (novo espaço para conquista de direitos por novos atores sociais), apresentando a Jurisdição, em especial o objeto do debate processual, como *locus* privilegiado para esse novo elemento de reconfiguração jurídica/democrática. Contudo, a dificuldade na implementação desse novo modelo, esbarra na visão arcaica da Ciência/Dogmática Jurídica que, num estado de modernidade tardia, mantém o apego à lei com prevalência da exegese da regras, ou, ainda, de um apego ao subjetivismo do julgador (filosofia da consciência) o que reduz o direito à operações matemáticas ou subjetivistas, esquecendo-se dos reais interessados na lide (cidadãos) e da velocidade com que novas complexidades restam construídas no contexto social e apresentadas ao Estado pela juridicização da vida. Para atingir o objetivo, proposto pela presente Tese, será necessário construir um novo olhar processual para a conquista de uma jurisdição democrática/compartilhada, proposta que, salvo melhor juízo, apresenta-se como um importante e inovador movimento de descentralização do poder político/jurídico em busca de uma decisão policêntrica.

Cumprindo os objetivos (específicos) porpostos pelo projeto de pesquisa, o estudo buscou compreender os mecanismos jurisdicionais pelo olhar filosófico da ciência política, o que restou materializado, de início, com a análise da evolução que propiciou a transição de um direito formal para um modelo mais substancial e, na sequência, participativo. Assim, o denominado Estado Moderno, reconhecido inicialmente como um poder absoluto, depois aristocrático e, na “continuidade”, dizem, democrático sofreu inúmeras transformações no que diz respeito às suas concepções políticas e jurídicas, em especial no tocante a ideia de democracia. As mudanças sociais permanentes exigiram ajustes que, diante da pressão de novos interesses (policêntricos) e novos modos de engendrar poder (compartilhado), passaram a exigir não apenas uma nova ordem jurídica como, também, e em especial (nos moldes do descrito na Tese), um novo modelo de jurisdição (horizontal/participativa). O direito nesse contexto de complexidades sociais pós-modernas, diante da inércia dos poderes constituídos demonstrada pelas inúmeras promessas constitucionais não cumpridas, desencadeou uma

significativa corrida dos indivíduos para a porta dos tribunais (livre acesso ao judiciário) o que ocorreu em virtude (dentre outras razões) dos inúmeros direitos subjetivos (individuais e coletivos) que, com pouca efetividade, acabaram por poluir o imaginário social (senso comum teórico) quanto a ineficácia de um direito idealizado pelos Estados Moderno e Constitucional e incapaz de garantir/efetivar/responder aos interesses intersubjetivos construídos em um contexto de pluralidades, momento em que o Poder Judiciário passou a ser concebido como insensível, moroso e injusto eis que fruto de análises reduzidas à cientificidade/dogmática (não hermenêutica) das manifestações pautadas em conquistas históricas da humanidade.

Desse caótico contexto surge a inquietação acadêmica e prática que fomentou o interesse pela pesquisa, tendo como mote a legitimidade/competência do Poder Judiciário quanto aos procedimentos adotados no intuito de efetivar políticas públicas e/ou supressões/omissões legais, sendo que os defensores do modelo democrático representativo (separação dos poderes) compreendem (dentre eles uma parcela dos constitucionalistas) que, ao fazê-lo, este poder constituído estaria extrapolando sua competência (jurisdição) uma vez que avocaria para si funções inerentes aos demais poderes. É com intuito de responder essa questão que o trabalho buscou compreender os fundamentos que constroem a ideia de democracia participativa pela jurisdição, expediente que, salvo melhor juízo, permitiu (inicialmente) a ideia de superação da separação pela divisão dos poderes, momento em que a jurisdição legal restou transformada em jurisdição constitucional. Contudo, nesta, muito embora o contraditório tenha sido guindado a condição de princípio, deixando seu viés formal em busca do substancial, não foi suficiente para a efetiva garantia de participação democrática, uma vez que perpassando o “informar” em nome do “influenciar”, inobstante o importante fator de democratização do processo, manteve o mecanismo jurisdicional de centralização do poder na figura do juiz e não, nos moldes da proposta da presente Tese, nos verdadeiros legitimados democráticos (cidadãos), expediente este que, quiçá, permitirá a eficácia das respostas sociais pela, agora, democratização da jurisdição, contexto que só será possível pelo exercício de uma função compartilhada (de separação à divisão dos poderes para, agora, a sua descentralização).

Essa transição do Estado Moderno (*ius dicere*) para o Estado Constitucional (*ius facere*), conforme narrado, só se materializou pela evolução democrática apresentada (de formal à substancial), sistemática que impactou na reconfiguração processual, perpassando o privatismo em busca de um publicismo, releitura que só restou possível pela constitucionalização do processo, momento em que esta ferramenta passou a ter autômina e

importância no jogo democrático, perpassando sua fase apenas formal/procedimental em busca de uma reestruturação material/substancial. Contudo, conforme demonstrado no decorrer do estudo, essa transição, saindo de um modelo de “juiz boca de lei” propiciou o nascedouro de um “juiz boca da constituição” que, na sequência, migrou para um solipsismo interpretativo, transformando os princípios constitucionais em valores, estes, reprecinando modelos vivenciados na Alemanha (período das jurisprudências), idealizados pelos juízes, substituindo a ideia formal do “dai-me o fato que lhe dou o direito” para as ideologias “substancialistas” do “dai-me o fato que lhe digo – solipsisticamente – os valores”, uma vez que deixando os silogismos (subsunção jurídica) o judiciário caminhou para atos volitivos conhecidos pela alcunha de “motivação” (argumentação jurídica), ambos fruto de um poder centralizador (democracia vertical) e desprovidos de um olhar hermenêutico filosófico, uma vez que apegados aos formalismos (exegéticos/científicos/dogmáticos), transformando o processo apenas em um instrumento de voz estatal e não, como deveria ser, numa condição de possibilidade para a configuração de novos direitos, o que só será possível (nos moldes da confirmação das hipóteses descritas na Tese), quando restar reconhecido o real valor participativo das partes (cidadãos) no jogo democrático (da democratização do processo à democratização da jurisdição) sendo necessário, para tanto, novos atores sociais, estes agora concebidos como juristas (consciência política, filosófica e jurídica) e não mais como meros operadores do direito, como se este fosse uma máquina de respostas matemáticas (prontas e acabadas) que, nesse sistema, por serem anteriores as perguntas, restam descontextualizadas, portanto, injustas e ilegítimas.

Como pretensa solução para esse dilema, o estudo apresentou a importância de reconhecer a necessidade de, nova, reestruturação das concepções de processo e jurisdição, transformando esta última em um importante espaço de participação democrática que, nos moldes da defesa apresentada pelos processualistas, deve ocorrer quando da valorização do contraditório. Contudo, perpassando as contribuições dos processualistas quando da configuração da democratização do processo, de significativa importância para a implementação de uma democracia mais participativa (muito embora ainda verticalizada como demonstrado no estudo), a presente Tese, como já narrado, concebe a importância, agora, da democratização da Jurisdição (democracia horizontal), o que só será possível por uma nova leitura do contraditório que, deixando apenas de influenciar, passa a responsabilizar as partes processuais pela efetiva contribuição/participação (poder compartilhado) na construção de uma decisão policêntrica, deixando a ideia de simples motivação em busca de

uma necessária/democrática fundamentação, momento em que a decisão (compartilhada), para que seja legítima, deve materializar as contribuições processuais dos partícipes sociais (cidadãos). Esse compartilhamento de poder é fruto/fundamentado pelo objeto do debate processual, novo *locus* democrático (democracia horizontal) de exercício da cidadania, elementos estes que terão o condão de legitimar (*auctoritas*) uma decisão compartilhada em um contexto fático/fenomenológico de descentralização do poder propiciando, assim, não só a concretização das promessas constitucionais, mas, também, a instituição de novos direitos.

Para tanto, a Tese apresentou como reestruturação democrática a ideia de uma democracia participativa horizontalizada, expediente que legitima (como decisão) a construção de respostas sociais fundamentadas fática e fenomenologicamente quando do objeto do debate processual (contraditório e ampla defesa) e não, somente, motivadas (silogismo/solipsismo) técnica/formal/procedimentalmente pelo poder constituído (Juiz). Trata-se do reconhecimento de um quarto (e principal) poder constituído (democracia horizontal) pela jurisdição no momento da criação do objeto do debate processual que, de forma contextualizada, permitirá respostas sociais (construção compartilhada) eficazes ao transformar a participação jurisdicional em verdadeiro exercício da cidadania, deixando a jurisdição de ser apenas uma função Estatal equidistante (inquisidor/dispositivo) mas uma atividade tripartite, na qual restam (pelos fatos e fundamentos desencadeados no momento do objeto do debate processual) desvelados e resolvidos os problemas sociais de forma horizontalizada, com fulcro em uma hermenêutica filosófica fática e fenomenológica, portanto, **legítima**, eis que não mais pautada por simples silogismos (subsunção) e/ou volorações (solipsismos) construídas de forma monocrática (verticalizada) e, por vezes, discricionária/arbitrária.

A decisão (pelo presente estudo compreendida como desacompanhada do termo judicial), nesse novo contexto, resta apresentada como um importante (senão o mais importante) elemento configurador desse novo anseio social, deixando de discutir protagonismos dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e/ou Judiciário/Juiz) para que esse protagonismo passe a ser da decisão quando da sua estruturação (compartilhada/policêntrica) como resposta social, esta materializada de forma compartilhada pelos partícipes processuais (democracia horizontalizada) e não mais, de forma monocrática/silogística/solipsista, apenas pela figura do juiz, representando a feliz transição (sem espancar nenhum dos modelos) de uma democracia representativa/verticalizada para uma democracia mais participativa/horizontalizada.

Nesse contexto de **Descentralização do Poder Político e Jurídico**, a **Decisão Compartilhada**, portanto **Responsiva e Limitadora das Discricionariedades e/ou Arbitrariedades**, deve desvelar os problemas sociais em busca de novos direitos, estrutura social respaldada pelo contraditório e pela ampla defesa, como legítimos propulsores de uma **Jurisdição Democrática/Dinâmica** pautada em um jogo igualitário eis que fruto de uma releitura **hermenêutica, filosófica e jurídica**, propiciando introjetar em seu seio os necessários elementos **fáticos e fenomenológicos** que permeiam a sociedade (*práxis*) para concretizar direitos (*ius*) legitimados pelo **contexto histórico** em que restam inseridos, reafirmando a importância do ser em uma **relação sujeito/sujeito** (dinâmico e contextual) em detrimento de um dever-ser (*lex*) pautado em relações **sujeito/objeto** (estático e atemporal). Para tanto, necessário requalificar os sujeitos do processo dadas as suas particularidades existenciais, o que deve ser feito, como já descrito, pela **ressignificação da Jurisdição e da Decisão**, passando esta **de monocrática à policêntrica**. A Tese compreende a necessidade de que a **Decisão** passe a ser **fundamentada por um debate (diálogo fático/fenomenológico)** que, pela **democracia horizontalizada (poder compartilhado)**, legitime o resultado da resposta social construída **de forma coletiva** por ser ela, agora, **policêntrica (auctoritas)**.

Assim, pelo trabalho apresentado, restam ampliadas as discussões propostas pelos processualistas, os quais asseveram a importância do diálogo entre ciência política e filosofia jurídica, acabando por apresentar **uma nova concepção do termo soberania, centrando a autoridade de uma decisão como fruto da legitimidade policêntrica do debate processual (auctoritas) e não mera competência/legalidade (ius dicere e/ou ius facere) procedimental**. Esta reconfiguração permitirá o desvelamento fático e fenomenológico para reconhecer novos direitos, o que deve ocorrer de forma compartilhada (vinculado às partes – descentralização do poder) e não discricionária (juiz – centralização do poder), elemento fundamental para a necessária legitimação e eficácia dos resultados sociais que devem ser colhidos da decisão, expediente que propiciará, como já manifestado, a transição do(a) mero(a) silogismo/motivação (*ius dicere/facere*) em prol da fundamentação hermenêutica filosófica (*auctoritas*). Trata-se, portanto, de um novo modelo processual/jurisprudencial que reconfigura a democracia ao perpassar o modelo representativo/vertical em busca do participativo/horizontal, rompendo com o formalismo exagerado em suas linhas estruturantes.

O processo, e em especial a jurisdição, deixam de ser mero instrumento da democracia formal/substancial para constituir-se em importante tabuleiro de jogos democráticos legitimados pela efetiva participação dos cidadãos. **Assim o poder, deixando de ser exclusividade estatal, movimenta-se do vertical para o horizontal, procedimento que**

permite diferenças terminológicas entre poder judiciário (soberania estatal), poder dos juízes (filosofia da consciência) e poder decisório (soberania democrática popular/participativa). Nesse contexto democrático a Jurisdição Compartilhada, deixando de ser apenas um instrumento jurídico arcaico/servo do(a) Silogismo/Motivação Discricionariedade e/ou Arbitrariedade, transforma-se em um fenômeno jurisdicional (social/político/jurídico), momento em que a legalidade e a competência formal, sem serem espancados do sistema, cedem espaço para a legitimidade, não do poder judiciário e/ou juiz, mas, da decisão que, deixando sua verticalidade inquisitiva/dispositiva/subsuntiva/volitiva/solipsista, próprias dos Estados Moderno/Constitucional, resta construída por uma Jurisdição Horizontalizada (coletivizada/participativa), sistemática fundamentada pelo contraditório e pela ampla defesa quando do objeto do debate processual.

Perpassar a democratização do processo, ao garantir a necessária democratização da jurisdição, ou seja, que não apenas a participação nos autos (contraditório e ampla defesa) seja garantida de forma efetiva, mas, sim, que a decisão reste concebida como policêntrica (divisão de poderes não apenas os constituídos, mas, também compartilhado entre as partes no processo e o Juiz) é o mote da Tese. Assim, mais do que a institucionalização da participação democrática, nesta nova fase deve restar assegurada a sua horizontalização, procedimento que ensinará, pelo menos assim espera-se, um eficaz desvelar dos problemas sociais propiciando, quiçá, um exercício não apenas continuado, mas, também participativo da jurisdição. A jurisdição estruturante, mais do que (ou tão só) propiciar a horizontalização participativa, em busca de uma suposta resposta democrática, apresenta-se revolucionária ao pretender uma nova divisão de poderes (agora compartilhamento), esta não mais (apenas) no âmbito institucionalizado (poderes constituídos), mas, sim, entre os partícipes processuais, momento em que o protagonismo, que no Estado Moderno estava no Legislador e no Estado Constitucional desloca-se para o Judiciário, agora apresenta-se na Decisão, devendo esta ser o reflexo do objeto do debate processual (fatos e fenômenos sociais e jurídicos), sem o qual não restará concebida como democrática (portanto ilegítima) eis que apenas motivada e não fundamentada.

Para tanto a democratização da decisão policêntrica, fruto de um Processo Pós-Moderno, transcende o interesse dual das partes (privativismo), impactando na concepção de um direito transindividual (terceira dimensão), tornando os cidadãos ativos ou seja, partícipes que, conscientes de sua responsabilidade social, possibilitarão a necessária descentralização do poder (Estado Legislador/Juiz - publicismo), procedimento garantido pelo contraditório e

pela ampla defesa. Este não apenas será o substrato responsável pelo fundamento/legitimidade da decisão, como desvelará o grau de autonomia/competência das partes no exercício horizontal de uma democracia verdadeiramente participativa, dinamicidade a ser estruturada/enfrentada, quando da resolução dos problemas sociais, no bojo do objeto do debate processual, contexto responsável, como narrado, pela legitimidade/fundamento de uma decisão compartilhada/policêntrica (neorevisionismo).

Essa releitura jurisdicional (Estado Pós-Moderno) propõe um mecanismo decisório que propicia a necessária ampliação democrática, nascendo, assim, uma compreensão processual democrática em que, pelo contraditório forte o protagonismo, pela jurisdição, sai do Estado (publicismo), seja ele Legislador/Juiz/Constitucional, e aporta na decisão participativa (ativa/responsiva), devendo o cidadão (agora) ser um indivíduo que, consciente de seu papel (social, político e, em especial, jurídico) e não conseguindo materializar suas reais necessidades no âmbito político tradicional (Legislativo e/ou Executivo), passa a compreender a jurisdição, como um novo *locus* de exercício da cidadania, o que é feito (agora) não apenas em nome da eficiência e/ou efetividade, mas, sim, pela busca de eficácia da resolução dos problemas enfrentados, momento em que as partes e o juiz, em pé de igualdade, compartilham poder objetivando não mais, apenas, concretizar direitos constitucionais (direito subjetivo dos interessados na lide) como, também, restam legitimados (pelo diálogo democrático fruto do objeto do debate processual – contraditório forte) a garantir novos direitos, procedimento pautado em elementos fático fenomenológicos que restam desvelados (não mais pela filosofia da consciência, mas, sim) pela compreensão autêntica fruto da hermenêutica fática e fenomenológica, propiciando a tão almejada eficácia fruto de uma verdadeira *auctoritas* responsável pelo desvelar/construir policêntrico de uma Decisão Legítima.

REFERÊNCIAS

- ALCOLA-ZAMORA, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 1991.
- ALFARO, Norman José Solórzano. **Crítica de la imaginación jurídica**. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia. 1. ed. México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.
- ALONSO, Aragoneses. **Proceso y derecho procesal**. Barcelona: Aguillar, 1960.
- ANGIONI, Enrica. **Negozió giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza giuridica europea**. 2014. 265 f. (Dottorato di Ricerca – Diritto dei Contratto) -- Università degli Studi di Cagliari, Cagliari, 2014.
- ARENDT, Hannah. **Entre passado e futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017; PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 2013. 329 f. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- AROCA MONTERO, Juan. **Introducción al derecho jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999.
- AROCA MONTERO, Juan; VELLOSO, Adolfo Alvarado (coord.) **Proceso Civil e ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.
- ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativa para o direito. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- AVIGNY, Friedrich Carl. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciência del derecho**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. **Revista da Faculdade de Direito Uerj**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BENAVENTE, Omar Sumaria. La Sociedad de la Decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal PUC-P**, Perú, v. 4, n. 1, p. 1-28, 2010.

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

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERIZONCE, Roberto O. Bases para actualizar el código modelo procesal civil para iberoamérica. **Themis**, [S.l.], n. 58, p. 184-197, 2014.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de lãs políticas públicas. **Civil Procedure Review**, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 46-74, sep./dec. 2010.

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

BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, maio/ago. 2017.

BERLOLMO, Pedro .L. **El derecho al proceso judicial**. Calle, Bogotá: Temis, 2003.

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**. 2006. f. 105. (Tese Doutoural) -- Alma Mater Studiorum –Università di Bologna Corso di Dottorato in Diritto Processuale Civile, Bologna, 2006. Disponível em: http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_OTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf. Acessado em: 08 dez. 2018.

BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione**. 2007. 165 f. (Tese Dottorale) -- Corso di Dottorato in Diritto Processuale Civile, Università di Bologna, Bologna, 2007.

BERTOLINO, Pedro J. **El derecho al proceso judicial**. Bogotá: Temís, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: UNB, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010.

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

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Terra e Paz, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOLZAN, Morais. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial (espaço-temporal) dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [S.l.], n. 7, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

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.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 out. 2018.

BRUS, Florence. **Le principe dispositif et le proces civil**. 2014. f. 423. (Thèse Docteur en Droit) -- Université de Pau et des Pays de L'adour, Mont-de-Marsan, 2014.

BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1977. (Coleção Ajuris, n. 5).

BUENO, Cassio Scarpinela (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1 a 317.

BUJÁN, Antonio Fernández de. **El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica**. [S.l.]. Disponível em: <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Docs/Conferencia%20Dr.pdf>. Acessado em: 07 out. 2018.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría das excepciones procesales y presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

BUNGE, Mario. **Crisis y reconstrucción de la filosofía**. Barcelona: Gedisa, 2002.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Fahl. Curitiba: Juruá, 2006.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 16, pt. 1 p.105-128, 1939.

CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1945. t. 1: Historia y Legislaciones. v. 2.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1968. v. 1.

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

CALVINHO, Gustavo. **El proceso a partir del hombre y la libertad**. [s.l.], 2013. p. 216. Disponível em: <http://www.adolfoalvarado.com.ar>. Acessado em: 08 maio 2018.

CANALE, Damiano. La precomprensione dell'interprete è arbitraria? **Etica & Politica/ Ethics & Politics**, [S.l.], 2006. Disponível em: http://www2.units.it/etica/2006_1/CANALE.pdf. Acesso em: 05 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Coimbra: Gadiva, 1993. (Cadernos Democráticos).

CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1989.

CAPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPONI, Remo. Diritti sociali e giustizia civile: eredità storica e prospettive di tutela collettiva. **Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale**, ano 62, v. 202, n.1. p. 103-123, trim. gen./mar. 2012.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999.

CAPPELETTI, Mauro. **Processo, ideologia e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - America, 1948.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006.

CARNOTA, Walter F. Responsabilidad social de los jueces. **Editorial Infojus**, [S.l.], p. 235-244, 2018. Disponível em: www.infojus.gov.ar. Acesso em: 26 out. 2018.

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

- CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2007.
- CLAUDE Lefort. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- COLABORAÇÃO. *In*: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 494.
- COLSON, Renaud. **La fonction de Juger: étude historique et positive**. n. 29. Version 1. Paris: Presses Páris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006.
- COOPERAÇÃO. *In*: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 545.
- COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1954.
- COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2. (Coleção Estudos de Direito em Homenagem ao Prof. Darci Guimaraes Ribeiro).
- COSTAÑO, Sergio Raúl. **Lecturas críticas sobre el poder político**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1963. t. 1.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.
- COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.
- COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil: discurso, ensaios e conferências**. Belo Horizonte:Líder, 1988.
- COUTURE, Eduardo J. Justicia y política. *In*: COUTURE, Eduardo J. **Introducción al estudio del proceso civil**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- CHANTALL, Moufe. **El retorno de lo político**. Buenos Aires: Paidós, 1999.
- CHASE, Oscar G. **Derecho, cultura y ritual**. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- CHAUMET, Mario E.; MENICOCCHI, Alejandro A. El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna. **Investigacion y Docencia**, [S.l.], v.23, p. 51-58, 1994.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Forúm, 2009.

D'AGOSTINO, Francesco. **Interpretación y hermenéutica**. Navarra: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1996. Disponível em: http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf. Acesso em: 05 maio 2018.

D'AGOSTINO, Francesco. Interpretación y Hermenéutica. **Persona y Derecho**, Navarra, n. 35. p. 39-55, 1996. Disponível em: http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf. Acesso em: 19 dez. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal. Santiago: Jurídica del Chile, 1986.

DE GIORGI, Raffaele. Direito e modernidade. **Seqüência**, Florianópolis, ano 19, n. 35, dez. 1997.

DE LOS SANTOS, Mabel. La flexibilización de la congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, [S.l.], n. 17, p. 295-318, Ene./Dic. 2006.

DENTI, Vittorio. Giustizia e Partecipazione dei nuovi diritti. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

DINAMARCO, Cândido R. Escopos Políticos do processo. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentabilidade do processo**. 14. ed., rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

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. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

DUPIN, M. **Opuscles de jurisprudence**. Paris: Auguste Durant, Libraire, 1851.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Liberalización y socialización del proceso civil. *In*: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL, 5., México, 1971. **Anais...** México, 1971. p. 43-53.

- EISNER, Isidoro. **La intermediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963.
- ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ENTELMANN, Remo F. **Conflictos**: hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002.
- ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, [S.l.], n. 23, p. 4-48, 1996.
- 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 (coord.). **Gadamer y las Humanidades**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. v. 2: Filosofía, Historia, ciencias sociales.
- ESPITIA, Edelmira Castillo. La fenomenología interpretativa como alternativa apropiada para estudiar los fenómenos humanos. **Investigación y Educación en Enfermería**, Colombia, n. 1, v. 18, 2000. Disponible em: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>. Acessado em: 12 dez. 2018.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FAVELA, José Ovalle. Sistemas Jurídicos y políticos, proceso y sociedad. *In*: KAPLAN, Marcos (comp.). **Estado derecho y sociedad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.
- FENOLL, Jordi Nieva. imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Justicia**, [S.l.], n. 3-4, p. 295-343, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en las crisis del Estado Nacional. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (org.). **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en las crisis del Estado Nacional. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (org.). **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 110.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: teoria del diritto e della democrazia. Bari: Laterza.2007.
- FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, [S.l.], v. 93, n. 1. 1979; JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- 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**, [S.l.], n. 8, p. 89-108, 1994.
- FREDIE, Didier. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodvim, 2016.
- FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. La philosophie du procès, propos introductifs. **Archives de Philosophie du Droit**, [S.l.], t. 39, p. 19-23, Sirey, 1994.
- FULLER, Leon. **Anatomia del derecho**. Caracas: Monte Avila, 1969.
- GADAMER, Hans Georg. **El giro hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. 8. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999. t. 1.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Trad. Ana Agud Apiricio y Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca: Sígueme, 1991, v. 1.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho**. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- GARAPON, Antonie. **O guardador das promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GARCÉS, Juan Pablo Posada. Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica. **Nuevo Derecho**, Colombia, v. 5, n. 6, p. 47-63, Ene/Jun. 2010.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Filosofía hermenéutica y derecho. **Azafea, Revista de Filosofía**, [S.l.], v. 5, p. 191-211, 2003.
- GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Derecho e incertidumbre. **Anuario de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 28, p. 97-118, 2012.
- GENY, François. **Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo**. 2. ed. Madrid: Editora Reus, 1925.
- GOLDSCHIMIDT, Werner. **Introducción al derecho** (estructura del mundo jurídico). Madrid: Aguilar, 1963.
- GOULD, Kenneth. **Unsustainable science in the treadmill of production: the declining salience of impact science in environmental conflicts**. Denver: American Sociological

Association, Ago. 2012. Disponível em: http://www.allacademic.com/meta/p.564435_index.html. Acesso em: 12 dez. 2018.

GRANFIELD, David. **La experiencia interna del derecho**: una experiencia de la intersubjetividad. México: Iteso, 1996. p. 109.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 164, p. 29-56, out. 2008.

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

HÄBERLE, Peter. **La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale**. [S.l.]. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/HaerberleRom.doc>. Acesso em: 10 dez. 2018.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HADOT, Pierre. **O véu de Isis**: ensaio sobre a ideia de natureza. São Paulo: Loyola, 2006.

HARO, Ricardo. Algunas reflexiones sobre el estado social y democrático de derecho. Una visión Latinoamericana. **Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay**, Uruguay, n. 8, , 2006.

HART, Herbert Lionel Adolphus, **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2016.

HOBBS, Thomas. **Do contrato social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HOFFE, Otfried. **O que é justiça?** Porto Alegre: Edipuc, 2003.

IBAÑEZ, Perfecto Andres. Derecho y justicia en el siglo XXI, mas difícil todavía. *In*: COLÓQUIO INTERNACIONAL - DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO XXI. Coimbra, 2003. **Anais...** Coimbra, 2003.

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

JOBIM, Marco Félix. **Teoria, história e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

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.

JUNÓY, Joan Picó Y. Un derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. **Derecho y Sociedad**, [S.l.], ano 22, n. 38, p. 274-280, 2012.

JUNOY. Juan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. **Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta**, [S.l.], v. 6, n. 1, ene./jun. 2012.

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

KARCZMARCZYK, Pedro. **Gadamer, aplicación y comprensión**. 1. ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

LATOURE, Bruno. **Políticas da natureza: como fazer ciência na democracia**. Bauru: Edusc, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIMBERGER, Themis. Burocratização, políticas e democracia, o caminho a ser trabalhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **El derecho de los jueces**. 2. ed. Bogotá-México: Legis, 2006.

LOPEZ, Antonio Marino. Diálogo y phrónesis en el pensamiento de H.G. Gadamar: meditación sobre algunas de sus aporías. *In*: CAMPOS, Raúl Alcalá; ESCOBAR, Jorge Armando Reyes. **Gadamer y las humanidades**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. v. 2,.

LÓPEZ, Modesto Saavedra. Jurisdicción. *In*: VALDES, Ernesto Garzon; LAPORTA, Francisco, J. **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 1995.

LÓPEZ, Sonia Calaza. Principios rectores del proceso judicial español. **Revista de Derecho UNED**, n. 8, p. 49-84, 2011.

LÓPEZ, Sonia Calaza. Una aproximación procesal de acción. **UNED**, [S.l.], n. 6, p. 113-143, 2010.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MACHIAVELLI, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2011.

MAGALHAES, Joseli Lima. Jurisdição e processo em Giuseppe Chiovenda. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 14., Fortaleza, 2010. **Anais...** Fortaleza, jun. 2010.

MAIENE, Henry Summer. **EL derecho antiguo**. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2014.

MAIENE, Henry Summer. **Las instituciones primitivas**. Madrid: Biblioteca de Jurisprudência, Filosofia e Historia, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

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

MARTÍNEZ, Carlos Gómez. juezas y jueces para la democracia. **II Ponencia: JpD y la Administración de Justicia**, [S.l.], 2010. Disponível em: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2017/01/II-PONENCIA-JpD-y-la-Administracion-de-Justicia-Carlos-Gomez.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

MARX, Karl. **O capital**. Coimbra, 1974. v. 1.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2011.

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

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998.

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**, Madrid, n. 9, 2003.

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. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

MERCEDES, García Arán. **La prevención judicial**. Madrid: Tecnos, 1990.

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

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. . (Os Três Caminhos).

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. tomo 3: Introdução à Ciência do Direito.

MIRANDA, Pontes. **Fundamentos actuaes do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. v. 1.

MITIDIEIRO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONCADA, L. Cabral. O processo perante a filosofia do direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 1, p. 55-100, 1961.

MONTAÑO BEDOYA, Julia Victoria. Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano. *In*: ENCUENTRO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, 20., Santiago de Chile, 2007. **Anais Eletrônico...** Santiago de Chile, 2007. Disponível em: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colmbia.pd. Acesso em: 05 maio 2018.

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

MONTERO AROCA, Juan. En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional. *In*: MONTERO AROCA, Juan; VELLOSO, Adolfo Alvarado (coord.). **Proceso civil e ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho jurisdiccional**. Peru: Enmarce, 1999.

MONTERO AROCA, Juan. Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución. **Revista Justicia** 82, n. 4, 1982.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 26.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 56, p. 21-22, 4º Trim. 1987.

MORGAN-EVANS, Elisenda de Villamor. **El elemento valorativo en la interpretación del derecho**. 2001. Cáceres: Edit. Universidad de Extremadura Servicio de Publicaciones, 2001. (Tesis Doctoral, Derecho de la Universidad de Extremadura, Cáceres).

MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie europeias**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2002,

MORIN, Edgar. Problemas de uma sociedade complexa. *In*: MORIN, Edgar. **O problema epistemológico da complexidade**. (org.) 3. Ed. Portugal: Publicação Europa-América, 2002.

MORO, Paolo (org.). **Il diritto come processo**: princípi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano: Franco Angeli S.R.L., 2012.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. A questão fundamental da democracia. 3. ed. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Castanheira A. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e sociedade**. A transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, MG, p. 13-29, 2008. Edição Especial.

NUNES, Dierle. BAHIA. Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes del juez y visión cooperativa del proceso. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, n. 2, set. 2004.

OLLERO, Andres. Interpretacion del derecho y positivismo legalista. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. [S.l.]: Ebook, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/ortega.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2018.

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

OST, François. **Contar a lei**. As fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget: Éditions Odile Jacob, 1999.

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

OTERO PARGA, Milagros. **La responsabilidad social de la función juzgadora**. 1. ed. Toluca: Tribunal Superior de Justicia, 2003. Disponível em: <https://www.tribunalgro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=6&cronicaJudicial=1>. Acesso em: 26 nov. 2018.

PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

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

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

PASSOS, Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Julgando os que os Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Da jurisdição**. Salvador: Livraria Progresso, 1952.

PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997. (Colección Estructuras y Procesos).

PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

PERELMAN, Chain. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEYRANO, Jorge. Acerca de los ismos em matéria procesal civil. **Themis. Revista de Derecho**, [S.l.], n. 58, 2010.

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

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Forense, 2000.

PICARDO, Nicola. La Crisis del Monopolio Statuale. **Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche**, [S.l.], n. 2, p. 43-78, 2011.

PISANI, Andrea Proto. Publico e privado no processo civil na Itália. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 22-42, 2001.

PLATÃO. **República**. 2. ed. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Edufpa, 1988.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

POSNER, Richard A. El Rol del Juez en el Siglo XXI. **Themis – Revista de Derecho**, Perú, ano 45, n, 58, 2010.

POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 2013. (Tesis Doctoral) -- Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

PUGLIESE, Giovvani. Introduccion. *In*: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

RAMIREZ, Martín Agudelo. Jurisdicción. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n.19, p. 1-19, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. **Desentendimento político e a filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

REALE, Miguel. Kelsenismo. **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 47.

REALE, Miguel. **Teoria geral do Estado e do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RESTREPO, Sebastián Betancourt. **Filosofía del derecho processal**. Teoria General del Proceso. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad del Derecho. 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. *In*: STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário aos artigos 1º a 12º do CPC. *In*: BUENO, Cassio Scarpinela (org.). **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1 a 317.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacía una teoría procesal del derecho**. Barcelona: J.M Bosch, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobre-prinípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. **Revista Forense**, v. 381, p. 57-70, 2005.

RIBEIRO, 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 (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RICOEUR, Paul. **Del texto a la acción**. Ensayos de hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014.

RODOTÀ, Stefano. **Repertorio di fine di Secolo**. Roma: Laterza, 1992.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Um novo ciclo autoritário: para uma democracia multinormativa**. Em: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos, n. 14. São Leopoldo: Karywa, 2018.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica uma configuração entre amizade aristotélica e a dialética dialógica. **Revista de Filosofia Síntese**, Belo Horizonte, v. 31, n. 100, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROURA, Eudald Carbonell. **La sociedad de la ignorancia y otros ensayos**. [S.l.], 2009. Disponível em: http://www.ub.edu/histofilosofia/gmayos_old/PDF/SociedadIgnoranciaCas.pdf. Acesso em: 05 out. 2018.

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

ROUSSEAU, Dominique. Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel. **Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel**, [S.l.], n. 57, p. 9-12, 2017/4.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

SALAS, Minor E. **¿Qué significa fundamentar una sentencia?** [S.l.], 2006. Disponível em: <https://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3520: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *In*: MARIN, Jeferson Dytz (coord.). **Jurisdição e processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

- SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, n.16, jul. 1979.
- SANTOS, Boaventura Sousa. La transición postmoderna: derecho y política. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 06, p. 223-263, 2001.
- SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática a justiça**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Cortez, 2007.
- SANTOS, Boaventura Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1994.
- SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito**. 2018. 844 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum. 2004.
- SATTA, Salvatore. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973.
- SATTA, Salvatore. **Soliloqui e colloqui di un giurista**: prefazione di Ferdinando Mazzarella. Nuoro: Ilisso, 2004.
- SATTA, Salvatore. **Soliloquios y coloquios de un jurista**. Buenos Aires: Ediciones Juricias Europa-America, 1971. v. 3.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do direito romano atual**. Tradução Cirio Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. v. 8.
- SCAGLIOTTI, Daniela Accatino. La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distinto de la judicatura moderna? **Revista de Derecho de la Universisias Austral de Chile**, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 9-35, dic. 2003.
- SCOTT J. SHAPIRO. Problema. **Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, [S.l.], n. 11, ene./dic. 2017.
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, S.A., 1983.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Porto Alegre: L&PM, 2012.
- SÊNECA, Lucio Anneo. **Da felicidade, seguido de, da vida retirada**. Porto Alegre: L&PM, 2012.
- SERRANO GOMEZ, Enrique. Filosofía del conflicto. **Estudios Políticos**, [S.l.], n. 11, dec. 1997. Disponível em <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudios-politicos/article/view/16209>. Acessado em: 11 dez. 2018.

SHOPENHAUWER, Arthur. **Arte de escrever**. Porto Alegre: L&PM, 2012.

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

SILVA, M. L. Portocarrero F. Filosofia, praxis e hermenêutica: a perspectiva de H.-G. Gadamer. **Revista Filosófica de Coimbra**, [S.l.], n. 11, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia moderna e processo civil. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. Democracia moderna e processo civil. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Epistemologia das ciências culturais**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.

SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista Araújo da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002.

SOLIDORO, Laura. **Il giudice e il fatto**: nuove suggestioni del pensiero vichiano. [S.l.], 2014. p. 19. Disponível em: http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2014/contributi/2014_Contributi_Solidoro.pdf. Acesso em: 05 maio2018.

SOULIER, Gérard. Le théâtre et le procès. **Droit et Société**, [S.l.], v. 17, n. 1, p. 9-24. 1991.

STAMMELER, R. **Tratado de filosofía del derecho**. 1. ed. Madrid: Editorial Reus, 1930.

STECK, 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.

STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em Filosofia. **Síntese**, [S.l.], v. 10, n. 29, p. 21-48, 1983.

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.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio STRECK, MORAIS, Jose Luis (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. 1. ed. 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.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: Unisinos, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

TORO, Julio César Fernández. Participación judicial y gobernabilidad democrática de la justicia formal a la justicia popular. **Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado**, [S.l.], 1999. Disponível em: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol6/6-5.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

TORRE, Massimo La. Derecho y conceptos de derecho: tendencias evolutivas desde una perspectiva Europea. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, [S.l.], n. 16, p. 67-93, 1993.

TOURAIN, Alain. **O que é a democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996.

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.** 2009. 102 f. (Maestría em Filosofía) -- Cali: Universidad del Valle, 2009.

TOVAR, Carlos Moreira y Jesús. **Cinco tesis sobre justicia y democracia en América Latina.** [S.l.], 2017. Disponível em: http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_29331.pdf. Acesso em: 30 ago. 2018.

VALLE, Agustín Basave Fernández del. **Teoría del Estado: fundamentos de filosofía política.** México: Trilla, 2002.

VANNEY, María Alejandra. **Libertd y Estado.** La filosofía jurídico-política de Álvaro d'Ors. 1. ed. Pamplona: Arazandi, 2009

VERNANT, Jena-Pierre. **Entre mito e política.** São Paulo: Edusp, 2002.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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**, [S.l., v. 1. 8, n. 1, p. 9-24, 2015.

VIOLA, Francesco. Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto. **Etica & Política/ Ethics & Politics**, [S.l.], 2006. Disponível em: http://www1.unipa.it/viola/Ermeneutica_pluralismo_e_diritto.pdf Acesso em: 10 dez, 2018.

VIOLA, Francisco. Il diritto come arte della convivenza civile. **Rivista di Filosofia del Diritto**, [S.l.], p. 57=74, June, 1/2015.

WACH, Adolf. **Conferencias sobre la ordeanza procesal civil alemana.** Buenos Aires: Ediciones Juridicas Eupora-America, 1958;

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977.

WARAT, Luis Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito I**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito II**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

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.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 1: A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade.

WARAT, Luís Alberto. Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross *In*: WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito II**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

WILD, Rodolfo. **A epistemologia do princípio do livre convencimento**: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil. 2016. Tese (Doutorada em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2016.

WILHELMSSEN, Frederick D. La filosofía política de Álvaro D'ors. **Revista de Historia del Derecho Europeo**, Murcia, n. 4, p. 147-189. 1992a,

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos; Leite, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZACCARIA, Giuseppe. **Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción**. [S.l.], 2014. Disponível em: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Torino: Trotta, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley, el derecho y la constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.l.], ano 24, n. 72, p. 22, Sept./Dic. 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley, el derecho y la Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.l.], ano 24, n. 72, Sept./Dic. 2004.

ZAMBRANO, Pilar. **La inevitable creatividad em la interpretacion jurídica**. Uma aproximacion iusfilosófica a la tesis de la discricionariedade. México: Universidad Nacional Autonoma de México, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.