



JURIDICIZAÇÃO DOS FENÔMENOS CONFLITUAIS FRENTE AO MODELO DE ESTADO ATIVO-RESPONSIVO E DESLOCAMENTO DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO^{1,2}

JURIDICIZATION OF CONFLICTUAL PHENOMENA IN FRONT OF THE MODEL OF ACTIVE-RESPONSIVE STATE AND DISPLACEMENT OF JURISDICTION TO PROCESS

Paulo Junior Trindade dos Santos³

Daniela Lavina Carniato⁴

RESUMO: O Estado Ativo-Responsivo é uma proposta de reconstrução organizacional do Estado caracterizada por ser mais aberta aos fenômenos sociais e por democratizar a democracia por intermédio do processo judicial. Diante do hodierno cenário sociojurídico, marcado pelo descompasso entre dinâmica social e produção jurídica que resulta em regulamentações rígidas, o presente estudo tem o objetivo geral de demonstrar de que maneira o modelo de Estado Ativo-Responsivo pode contribuir para a juridicização dos fenômenos conflituais que se manifestam na contemporaneidade, dando destaque para o contexto jurídico brasileiro. Trata-se de estudo documental e bibliográfico que segue uma abordagem qualitativa. Os resultados indicam que o modelo propõe uma forma de produção jurídica interpretativa que conjuga conflito, contexto conflitual e texto constitucional; permite um deslocamento da centralidade judicial (jurisdição) para os papéis de todos os sujeitos processuais (processo); e valoriza a busca por meios autocompositivos de conflitos. A conclusão demonstra, em síntese, que a juridicização dos fenômenos conflituais no Estado

¹ Artigo recebido em 14/02/2022 e aprovado em 11/07/2022.

² O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

³ Advogado e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Pós-Doutor pela Unoesc (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede) e pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) (direito, novas tecnologias e transdisciplinaridade), e, ainda, Doutor e Mestre em Direito Público pela Unisinos (filosofia do direito processual como gênese do direito. Graduação em Direito pela Unoesc (ativismo judicial contemporâneo). Atua no Direito Privado e no Direito Processual Civil, com ênfase na constitucionalização do direito e na filosofia do direito. Natural do Município de São Leopoldo, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: pjtrindades@hotmail.com.

⁴ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Graduada em Direito pela mesma Universidade. Natural do Município de Chapecó, Estado de Santa Catarina, Brasil. E-mail: dani_carniato@hotmail.com.



Ativo-Responsivo inicia-se com o próprio reconhecimento de que eles não devem ser evitados, mas sim acolhidos e resolvidos, e se manifesta com a abertura da interpretação jurídica ao contexto, com o incentivo da cooperação entre os sujeitos processuais e com a valorização do contraditório e do diálogo entre as partes, todos aspectos de uma democracia horizontal.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização. Democracia horizontal. Estado Ativo-Responsivo. Juridicização. Processo judicial.

ABSTRACT: The Active-Responsive State is a proposal for organizational reconstruction of the State characterized by being more open to social phenomena and by democratizing democracy through the judicial process. Faced with today's socio-judicial scenario, marked by the mismatch between social dynamics and legal production that results in rigid regulations, this study has the general objective of demonstrating how the model of the Active-Responsive State can contribute to the juridicization of conflictual phenomena that manifest in contemporary times, highlighting the Brazilian juridical context. This is a documentary and bibliographic study that follows a qualitative approach. The results indicate that the model proposes a form of interpretive juridical production that combines conflict, conflictual context and constitutional text; it allows a shift from judicial centrality (jurisdiction) to the roles of all procedural subjects (process); and it values the search for means of self-compositional of conflict. The conclusion demonstrates, in summary, that the juridicization of conflictual phenomena in the Active-Responsive State begins with the very recognition that they should not be avoided, but welcomed and resolved, and manifests itself with the opening of juridical interpretation to the context, with encouraging cooperation between procedural subjects and with valuing the adversarial system and the dialogue between the parties, all aspects of a horizontal democracy.

KEYWORDS: Constitutionalization. Horizontal democracy. Active-Responsive State. Juridicization. Judicial process.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo trata dos desdobramentos jurídicos do Estado Ativo-Responsivo, uma proposta de reformulação organizacional do Estado mais aberta aos fenômenos sociais e que observa o processo judicial como mais uma possibilidade de participação democrática dos cidadãos. Sua justificativa advém da importância em se detalhar formulações teóricas que



corroboram o fortalecimento democrático bem como os métodos heterocompositivos e autocompositivos de conflitos.

Ao enfrentar o problema do descompasso entre dinâmica social e produção jurídica por meio de regulamentações rígidas, tem como objetivo geral demonstrar de que maneira o modelo de Estado Ativo-Responsivo pode contribuir para a juridicização dos fenômenos conflituais que se manifestam na contemporaneidade, dando destaque para o cenário jurídico brasileiro. Seus objetivos específicos são: identificar a forma de produção jurídica no Estado Ativo-Responsivo; esclarecer o deslocamento da jurisdição ao processo; e introduzir noções acerca do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico responsivo.

São empregadas as técnicas documental e bibliográfica para a construção argumentativa, consultando-se, entre os documentos jurídicos, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015, e, no que tange às referências bibliográficas, grandes nomes da literatura especializada e de nacionalidades distintas, como Dominique Rousseau, Jorge Reis Novais, Mirjan Damaška, Philippe Nonet e Philip Selznick. A abordagem adotada é qualitativa, já que o objeto de estudo é enfrentado de forma a se priorizar sua análise descritiva e complexa, sem a pretensão de realizar quantificações objetivas.

O desenvolvimento é segmentado em três subdivisões: a primeira versa sobre a absorção dos fenômenos conflituais e a produção jurídica interpretativa no sistema jurídico responsivo; a segunda trata da passagem da jurisdição ao processo, momento em que a técnica documental é mais empregada; e a terceira aborda, de forma mais direcionada, o papel dos direitos fundamentais e o modelo de democracia vinculado ao Estado Ativo-Responsivo.

2. DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DO ESTADO ATIVO-RESPONSIVO

O âmbito sociojurídico encontra na contemporaneidade um cenário marcado por um descompasso entre a dinâmica jurídica e as relações sociais, cada vez mais complexas⁵ e

⁵ Consultar: DEVANEY, Robert Luke. *An introduction to chaotic dynamical systems*. New York: Westview Press, 1989.



múltiplas⁶, tanto quantitativa quanto qualitativamente.⁷ Até então, a busca por segurança jurídica levou o homem a procurar uma ordem fixa para uma regulamentação⁸ rígida da ação humana, porém as novas interações intersubjetivas⁹, resultados de novos interesses, exigem também novos ajustes e modos de engendrar segurança.

Uma metodologia que busca subsumir todos os fenômenos da vida como relações estáticas mostra-se absurda no panorama atual e, pior, ocasiona um resultado injusto: um sem-número de fatos jurídicos cuja tutela não é concedida pelo Estado da forma que deveria. A produção legislativa que resulta em normas inflexíveis mostra-se incapaz – tal qual a própria interpretação judicial^{10,11} que se limita ao texto frio da lei – de abranger as complexas manifestações dos fenômenos conflituais¹².

Assim, eleva-se uma proposta de reformulação organizacional do Estado que denota esse novo momento vivido pela sociedade: o Estado Ativo-Responsivo¹³, uma nova

⁶ Consultar: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁷ Para melhor entendimento dos fenômenos conflituais nascidos na contemporaneidade, sugere-se a leitura das teorias que definem a sociedade como pós-moderna, hipermoderna ou transmoderna: BERMAN, Marshall. *Todo lo solido se desvanece en el aire*: la experiencia de la modernidad. Siglo Veintiuno: Madrid, 1988; CHARLES, Sebastien. *Cartas sobre a hipermodernidade*. São Paulo: Barcarolla, 2009; CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009; GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003; HAN, Byung-Chul. *Tipología de la violencia*. Barcelona: Herder, 2013; HAN, Byung-Chul. *Hiperculturalidad*. Barcelona: Herder, 2018; LATOUR, Bruno. *Reagregando o social*: uma introdução à teoria do ator-rede. Bauru: Edusc, 2012; LATOUR, Bruno. *The making of law*. Malden: Polity Press, 2010; LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004; LYOTARD, Jean François. *La condicion postmoderna*. Catedra: Madrid, 2000; SMART, Barry. *A pós-modernidade*. Mem-Martins: Edições Europa América, 1993; TOURAINE, Alain. *Podemos vivir juntos*: el destino del hombre em la aldea global. Editora Fondo de Cultura Económica: Argentina, 1996.

⁸ Sobre a distinção entre regulação e regulamentação, consultar: SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

⁹ GRANFIELD, David. *La experiencia interna del derecho*: una experiencia de la intersubjetividad. México: Editora Iteso, 1996.

¹⁰ São as mais distintas as técnicas interpretativas do direito. Diferenciam muito bem elas Guastini e Hespanha: GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*: estudios de teoría y metateoría del derecho. Gedisa: Barcelona, 1999; GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999; e HESPANHA, António Manuel. Ideias sobre a interpretação. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los (coord.). *Interpretación jurídica*: modelos históricos y realidades. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

¹¹ Sobre interpretação judicial, também consultar: COVER, Robert. *Derecho, narración y violencia*: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial. Barcelona: Gedisa, 2002.

¹² Nesse sentido: CARBONNIER, Jean. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10. ed. Paris: EJA, 2001.

¹³ Sobre o Estado Ativo-Responsivo, consultar: DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*: análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986; e NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade*: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.



construção da configuração estatal que supera a ideia de Estado-Reativo¹⁴, representando uma transformação das estruturas e funções de seus institutos no que tange ao reconhecimento de direitos.¹⁵

2.1 Produção jurídica interpretativa no Estado Ativo-Responsivo: a interação entre texto e contexto

Para que o meio jurídico possa acompanhar as mudanças sociais de forma mais eficiente, é necessário que o direito ultrapasse a produção jurídica realizada por meio da representatividade legislativa¹⁶; necessário que ultrapasse também a produção jurídica realizada pela atividade política do juiz¹⁷, por nela estar ausente a participação democrática. A interpretação judicial (e jurídica, num sentido mais amplo) deve se expandir de modo a

¹⁴ “*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.*” (DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. p. 255-256)

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madri: Editorial Trotta, 2014; RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. *Il diritto possibile: funzioni e prospettive del médium giuridico*. Milão: Guerini Scientifica, 2011.

¹⁶ O centro da produção jurídica na democracia representativa é o Poder Legislativo. Todavia, ao obstar uma ampliação do núcleo democrático participativo e apreender os fenômenos sociais de forma a ignorar as complexidades, a lei apresenta seu lado obscuro. Consultar: ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *Il lato oscuro della legge: diritto e supertizione*. *Rivista di diritto civile*, Pádua, v. 59, n. 2, p. 309-329, 2013.

¹⁷ Muitas teorias e construções da filosofia política contemporânea centram a criação do direito pela atividade política do juiz. Entretanto, essa centralidade política da decisão na jurisdição é rompida por uma centralidade política ampliada pela democracia participativa no processo, que exige um posicionamento ativo e responsivo por parte do juiz. Uma das propostas a ser desenvolvida por este estudo é a redução das representatividades legislativa e judicial por meio da interpretação no processo, a qual, além de configurar elementos de objetividade, proporciona um fluxo dinâmico entre texto e contexto, dando vida à existência de novas complexidades sociais.



encarar o contexto dos fenômenos conflituais a partir do texto constitucional, visando a resgatar os aspectos humanos¹⁸ evidenciados pela constitucionalização do direito, somada a uma leitura ampliada dos direitos humanos e fundamentais. Tal interpretação revela o acolhimento dos fenômenos conflituais pela juridicização^{19,20}, fazendo com que o direito assumira seu papel^{21,22} conectado à adaptação do Estado aos novos fenômenos que se expressam na sociedade.

Ao acolher os fenômenos conflituais em sua multiplicidade, por força do direito fundamental de acesso à justiça^{23,24}, o Poder Judiciário adquire uma roupagem mais ativa, nos moldes de um Estado Ativo-Responsivo, reestruturando-se e aderindo a novas formas de resolução de conflitos, que garantem uma participação²⁵ mais democrática dos cidadãos no seio processual. Ascende, então, a proposta de uma democracia participativa que funcione paralelamente a uma democracia representativa, apoiando-se esse novo momento

¹⁸ Consultar: NUSSBAUM, Martha. *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Kartz, 2006.

¹⁹ Para Pontes de Miranda, “juridicização da vida” significa que todos os fenômenos da vida acabam ganhando espaço no Poder Judiciário e buscam sua juridicidade no sistema jurídico, pois há fenômenos conflituais não apreendidos em lei (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1). A juridicização que aqui se expressa é a revelação dos fenômenos conflituais no sistema jurídico.

²⁰ Também consultar: OST, François. *Le droit, objet de passions?* Bruxelas: Académie Royale de Belgique, 2018.

²¹ OST, François. *Il ruolo del giudice: verso delle nuove fedeltà?* *Rassegna Forense*, [s.l.], n. 3-4, p. 701-727, 2013. Disponível em: <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/278146/2013-03.04+I-04+OST+RUOLO+DEL+GIUDICE.pdf/a00af374-4d14-481b-8c0f-8ec500cfd045?version=1.0>. Acesso em: 1 fev. 2022; OST, François. *¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres*. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 40, p. 15-48, 2017. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2017-n40-para-que-sirve-el-derecho-para-contar-hasta-tres>. Acesso em: 1 fev. 2022.

²² TAMANAHA, Brian. *Law as a means to an end: threat to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

²³ “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 fev. 2022)

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988; GARCÍA, Juan Carlos Cabañas. *El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el tribunal constitucional*. *Revista General de Derecho Constitucional*, [s.l.], n. 16, p. 1-63, 2013. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413118&d=1. Acesso em: 2 fev. 2022; 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*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁵ MARTIN, Philippe. *Dialogue social, participation et concept de gouvernance*. In: MARTIN, Philippe. *Dialogue social et regulation juridique*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2007.



interpretativo na democracia horizontal²⁶, com a ampliação da governança²⁷ pela sociedade. Juntos, o Estado Ativo-Responsivo e a democracia horizontal, seu núcleo, estabelecem as bases a essa leitura do texto constitucional²⁸ pelo contexto social.

Philippe Nonet e Philip Selznick²⁹ caracterizam o sistema jurídico responsivo como um sistema sensível ao setor social e que fomenta uma participação jurídica menos passiva, ocasionando uma multiplicação de oportunidades dentro do processo judicial. As leis permanecem sendo uma indispensável fonte do direito, em observância ao princípio da legalidade, porém, ao se abrir para o contexto, o sistema passa a destacar doutrinas e, sobretudo, princípios, distanciando-se de uma perspectiva legalista³⁰ que visa à proliferação de regras e formalidades rígidas.

²⁶ O conceito será aprofundado na última subseção.

²⁷ “From a point of view of contents, auctoritas ought to be definitively transferred from the States to the Community (although porosity would even here allow for local auctoritates to be kept, as long as they did not prevail when conflicting with the global one). This is, in my view, the necessary corollary of the contemporary “erosion” of the State (Garapon) and at the same time ensures the maintenance of the minimum redoubt of a “vertical element” (the State does not disappear, but is transformed). The “collective auctoritas” – incarnated by the Community institutions and impelled by the particularity of each State – would be charged with ensuring the respect, in the ideological plane, of the indispensable acquisitions of Modernity: democracy and human rights, eventually in an original integration of (mercantile) equity and (social) justice that filled with contents the term “solidarity”. (...) The translation of this to the level of procedure requires to envisage the dialectics between the “bottom-up” impulse (potestas) and the integration of the “top-down” principles (auctoritas). The notion of “governance” is clue: it can be seen as the post-modern version of the “social contract” as a true “Vergemeinschaftung”. The contracting Member States (this label ought to be changed) would not “delegate” any power whatsoever but would exercise their potestas inspired in the common auctoritas. This is the materialisation of “solidarity”: the (Cartesian) duality of the roles of the State (sovereign but member of the Community) would be substituted by a complementarity (sovereign since member of the Community).” (TINTURÉ, Maria Isabel Köpcke. *Between auctoritas and potestas: what Spanish legal history can teach European legal integration*. Barcelona: ESADE, 2002)

²⁸ Consultar: MENGONI, Luigi. Il diritto costituzionale come diritto per principi. *Rivista Ars Interpretandi*, [s.l.], p. 95-112, 1996. Disponível em: http://www.arsinterpretandi.it/wp-content/uploads/1996/att_mengoni.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022; e CHESSA, Omar. Cos’è la Costituzione? La vita del testo. *Quaderni Costituzionali*, [s.l.], ano 28, n. 1, p. 41-65, fev. 2008. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1439/26470>. Acesso em: 2 fev. 2022.

²⁹ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 142 e 148/149.

³⁰ “A legalidade, entendida como responsabilidade estrita com as normas, é a promessa do direito autônomo; o legalismo é sua doença. O foco nas normas tende a estreitar o leque de fatos juridicamente relevantes, separando com isso a reflexão jurídica da realidade social. O resultado é o legalismo, uma predisposição a apoiar-se inteiramente na autoridade das leis em detrimento da solução de problemas práticos. A aplicação de regras deixa de ser instruída pela consideração dos fins, necessidades e consequências.” (NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 111/112, grifo do autor). Nesse livro, Philippe Nonet e Philip Selznick discorrem acerca da transição do direito repressivo ao direito autônomo e, deste, ao direito responsivo, destacando os elementos que particularizam cada modelo, bem como aqueles que lhes são comuns entre si. Sugere-se a leitura da obra na íntegra.



Nesse sistema, não se busca evitar o conflito, que decorre das diferentes concepções de vida pessoais e da interação social³¹; busca-se, ao invés, incentivar a resolução conflitual por meio do diálogo no seio processual, visto como um espaço de reafirmação da autonomia e de participação democrática. Disso resulta um modelo mais humano e democrático que, ao absorver os fenômenos conflituais de forma policêntrica³², e não de forma dual³³, exara efeitos não só para as partes do processo, mas também para a sociedade, já que a pluralização dos meios resolutivos de conflitos potencializa a resolução destes e, por consequência, proporciona um aumento da confiança depositada no Poder Judiciário.

No âmbito do Estado Ativo-Responsivo, as novas possibilidades constitucionais acabam por absorver os conflitos via proteção de direitos, alterando institutos jurisdicionais e processuais e dimensionando a interpretação judicial como produção jurídica. Assim, a decisão deixa de ser o resultado de uma aplicação lógico-dedutiva do direito, passando a ser o reflexo da interpretação extraída da interação entre texto (constitucional) e contexto (fenomênico-conflitual). Em síntese, o que o sistema jurídico responsivo propõe é a interpretação dos conflitos conjugando-se os contextos que os rodeiam e a tutela constitucional.

A absorção dos fenômenos conflituais pelo Poder Judiciário é fruto da substancialização dos institutos judiciais provocada pela constitucionalização do direito, isto é, da passagem da formalidade vazia para a substancialização democrática, que faz emergir artifícios como a judicialização da política, o garantismo, o ativismo judicial jurisdicional e

³¹ “El conflicto es, evidentemente, inevitable. Ninguna cultura jamás ha alcanzado la utópica armonía necesaria para superarlo. Para sobrevivir, cada cultura requiere de un medio aceptable para resolver conflictos y prevenir la venganza de los vencidos.” (CHASE, Oscar. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Barcelona: Marcial Pons, 2011. p. 11)

³² PUGA, Mariela. *Litigio estructural*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013

³³ Como o combate entre duas partes, reflexo de um Estado Reativo.



processual.³⁴ Cabe enfatizar que, entre os três Poderes, o Judiciário é o que possui o maior contato com as complexidades sociais, ao lidar com os conflitos de forma direta.³⁵

A proposta interpretativa que resulta da interação entre texto e contexto³⁶ preocupa-se com as complexidades de mundo existentes na atualidade. Enxerga o direito contextual vinculado à Constituição como um instrumento de produção jurídica que, não obstante ser mais flexível – ou, melhor dizendo, justamente por ser mais flexível –, é capaz de reduzir as inseguranças que permeiam o complexo cenário contemporâneo.

³⁴ Consultar: PEYRANO, Jorge. Acerca de los “ismos” en materia procesal civil. *Themis – Revista de Derecho*, Lima, n. 58, p. 23-27, 2010. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9114>. Acesso em: 1 fev. 2022; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013; VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios da Cunha e; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.

³⁵ Consultar: ALBERT, Sonia París. Naturaleza humana y conflicto: un estudio desde la filosofía para la paz. *Eikasia – Revista de Filosofía*, Oviedo (Espanha), p. 109-116, jul. 2013. Disponível em: <https://www.revistadefilosofia.org/50-09.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2022; COSI, Giovanni. *Potere, diritto, interessi: introduzione alla gestione dei conflitti*. Siena: Libreria Scientifica, 2011; ENTELMAN, Remo. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Buenos Aires: Gedisa, 2010; FISS, Owen. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007; FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Justicia-conflicto*. Madrid: Editora Tecnos, 1988; PUGA, Mariela. *Litigio estructural*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013; RAMÍREZ, Fabio Alonso Meza. *Tratamiento de los conflictos*. Sercoldes: Bogotá, 2006; RAMSBOTHAM, Oliver; WOODHOUSE, Tom; MIAL, Hugh. *Contemporary conflict resolution*. Cambridge: Polity Press, 2000; SCHNITMAN, Dora. *Nuevos paradigmas em la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas*. Granica: Madrid, 2000; SOLER, Raúl Calvo. *Mapeo de conflictos: técnica para la exploración de los conflictos*. Buenos Aires: Gedisa, 2015; VINYAMATA, Eduard. *Conflictología: curso de resolución de conflictos*. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2014.

³⁶ Para aprofundamentos, consultar: DIDI-HUBERMAN, Georges. *El hombre que andaba en el color*. Madri: Abada, 2014; DIJK, Teun. *Texto y contexto: semántica y pragmática del discurso*. Madri: Ediciones Cátedra, 1980; JULLIEN, François. *Las transformaciones silenciosas*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009; LUYPEN, William. *Fenomenología del derecho natural*. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1968; MARION, Jean-Luc. *Acerca de la donación: una perspectiva fenomenológica*. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2005; MARION, Jean-Luc. *De surcroît: études sur les phénomènes saturés*. Paris: PUF, 2010; MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1994; RICOEUR, Paul. *Caminos del reconocimiento: tres estudios*. México: Fondo del Cultura Económica, 2006; RICOEUR, Paul. *Del texto a la acción: ensayos de Hermenéutica II*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002; RICOEUR, Paul. *Diritto, interpretazione, applicazione*. *Ars Interpretandi*, [s.l.], p. 191-198, 1996. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/1996-ermeneutica-applicazione/>. Acesso em: 2 fev. 2022; RICOEUR, Paul. *Hermenéutica y acción: de la hermenéutica del texto a la hermenéutica de la acción*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008; RICOEUR, Paul. *Si mismo como otro*. Madri: Siglo Veintiuno, 1996.



2.2 Da jurisdição ao processo: o deslocamento possibilitado pelo Estado Ativo-Responsivo

Um dos frutos jurídicos do Estado Ativo-Responsivo é a passagem da jurisdição ao processo^{37,38}, com a desconcentração dos atos administrativos dentro do âmbito processual. Isso significa que, enquanto a jurisdição expressa tão somente o recorte do juízo sobre o caso, no processo há uma valorização do papel de todos os sujeitos na busca pela melhor resolução do conflito, redimensionando o ativismo judicial (que é jurisdicional) para o ativismo processual.³⁹

Em outras palavras, se na jurisdição⁴⁰ figura o protagonismo judicial, no processo superam-se os protagonismos legislativo e judicial, ocorrendo a passagem para um protagonismo dos cidadãos ativos que reconhece uma legitimidade democrática processual⁴¹ centrada em uma participação mais democrática⁴² e na governança⁴³ processual, que é das partes. Essa governança processual das partes desenvolve-se, por sua vez, por meio de uma

³⁷ PEYRANO, José. La performatividad en el proceso contemporáneo: su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano. *Themis – Revista de Derecho*, Lima, n. 22, p. 5-17, 1992.

³⁸ Paulo Junior Trindade dos Santos, ao apresentar tal deslocamento, dimensiona o processo como vocação dos nossos tempos, que, ao ser conjugado com a epistemologia constitucional, acaba refletindo uma eficácia e satisfatividade maior (SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. *Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018).

³⁹ SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. *Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

⁴⁰ Consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

⁴¹ Trata-se da legitimidade do cidadão para atuar de forma mais ativa no processo, o qual passou a ser tratado não só como um instrumento de resolução de conflitos, mas também como um local de participação democrática. Para maiores aprofundamentos, consultar: SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. *Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

⁴² Consultar: PASSOS, José Joaquim 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.

⁴³ A governança, no Estado Ativo-Responsivo, é gerida por uma tendência híbrida entre Estado e sociedade, que rompe com o normativismo estruturado em uma pirâmide hierárquica e adere ao direito características de um sistema jurídico em rede. Nesse sentido: OST, François. *Pyramide ou réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelas: Presses de l'Université Saint-Louis, 2002.



dialética reflexiva, balizando a atividade do julgador e dimensionando o desvelamento do fenômeno conflitual.⁴⁴

Assim, o deslocamento da jurisdição ao processo ressalta a *cooperação* entre todos os sujeitos do processo, isto é, entre as partes, seus procuradores ou defensores, os auxiliares da justiça⁴⁵, o Ministério Público e, claro, o juiz. Tal característica é destacada no atual Código de Processo Civil, num dispositivo⁴⁶ integrante do capítulo inaugural, que, por sua vez, é coroado com a indicação de que o “[...] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil [...]”⁴⁷, consagrando um dos matizes da constitucionalização do direito.

A aderência da constitucionalização no direito processual ocorre tanto por meio de institutos processuais constitucionalizados quanto por intermédio da interpretação judicial que conjuga a seguinte tríade: o texto das normas processuais, o contexto dos fenômenos conflituais e as normas constitucionais. Com isso, garante-se uma maior eficácia dos direitos constitucionalmente tutelados, o que proporciona também uma maior satisfatividade no que toca à proteção de direitos pela tutela processual.⁴⁸

No sistema jurídico responsivo, além da interpretação judicial figurar como mecanismo de produção jurídica, há, paralelamente, a absorção dos fenômenos conflituais

⁴⁴ “*El poder de los oráculos es conocido únicamente cuando son consultados; y el Derecho es por tanto requerido para hablar con autoridad en el contexto de las controversias. Lo que el Derecho puede concebir en nuestras posiciones depende de las controversias. En este sentido, las controversias crean el Derecho. El Derecho en sí mismo es origen de controversias futuras, ya que crea nuevas pretensiones o nuevas bases sobre las que soporta antiguas fundamentales.*” (CHASE, Oscar. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Barcelona: Marcial Pons, 2011. p. 64 e ss.)

⁴⁵ Escrivães, chefes de secretaria, oficiais de justiça, peritos, depositários, administradores, intérpretes, tradutores, conciliadores e mediadores judiciais (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 fev. 2022).

⁴⁶ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 fev. 2022)

⁴⁷ Art. 1º do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 fev. 2022).

⁴⁸ Consultar: BLANCO, Víctor Roberto Obando. *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva base para un modelo*. Lima: Tesis, 2010; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho, [s.l.]*, v. 22, n. 1, p. 185-201, jul. 2009. p. 186.



por meios autocompositivos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Salienta-se que o Código de Processo Civil de 2015 não se limita a simplesmente mencionar métodos autocompositivos, estabelecendo que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público *devem estimular* a solução consensual dos litígios⁴⁹.

O Código de Processo Civil também inovou ao prever a possibilidade de as partes, nos casos que admitirem a autocomposição, realizarem mudanças nos procedimentos, ônus, poderes, deveres e faculdades processuais, antes ou durante o processo.⁵⁰ Além disso, o Código positivou a figura do calendário processual, fixado de comum acordo entre o juiz e as partes.⁵¹ Ambos os institutos ressaltam a qualidade da maior flexibilidade do direito processual constitucionalizado, bem como o compartilhamento do poder de direcionamento procedimental entre os sujeitos processuais.

Outro aspecto que merece ser ressaltado neste estudo é a colocação do contraditório em posição central no Código de Processo Civil, como um princípio a ser zelado pelo juiz mediante a paridade de tratamento entre as partes.⁵² A valorização do contraditório reafirma, por consequência, o caráter dialógico da relação jurídica processual entre parte ativa e parte passiva, ambas respeitadas em sua capacidade reflexiva dentro da dialética do diálogo.

⁴⁹ “Art. 3º [...] § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília*, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 fev. 2022).

⁵⁰ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília*, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 fev. 2022).

⁵¹ “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília*, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 fev. 2022).

⁵² “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília*, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 fev. 2022).



O processo se constitui num instrumento dinâmico pelo qual se reconhece que ambas as partes têm interesses e objetivos ao se posicionarem no litígio.⁵³ Ao permitir e incentivar um maior envolvimento do cidadão no processo, ocorre um enaltecimento de sua individualidade, em oposição ao movimento inverso que transformava as partes em massa homogênea, em meros “autores” e “réus” sem nomes, sem identidades, sem vozes.

2.3 Direitos fundamentais no Estado Ativo-Responsivo: constitucionalização e democracia

A característica da flexibilidade que marca o sistema jurídico responsivo, já explanada nos subtítulos precedentes, também se evidencia pela presença de cláusulas gerais de conceito aberto em documentos jurídicos. São palavras ou expressões com significados indeterminados e não rígidos, como “prazo e tempo razoável”, “boa-fé”, “decisão justa e efetiva”, “fins sociais” e “bem comum”, constantes, por exemplo, no Código de Processo Civil⁵⁴, mais especificamente no Capítulo I (artigos 4º, 5º, 6º e 8º), que trata das normas fundamentais do processo civil.

As cláusulas gerais de conceito aberto configuram uma das formas pelas quais os particulares são vinculados a direitos fundamentais – “vinculados” no sentido de que passam a figurar como destinatários (e não como titulares, nesse caso) de direitos fundamentais. Os conceitos jurídicos indeterminados ou abertos previstos na legislação material ou processual

⁵³ “La necesidad de armonizar el momento estático (o constitucional) y el dinámico (o procesal) resulta inmediatamente de la insuficiencia de pretender explicar el acceso procesal a la jurisdicción únicamente para “excitar” la actividad de los órganos jurisdiccionales. La concepción abstracta de la acción se completa pues con la de pretensión, es decir, con una “declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”. Situados en el plano dinámico, funcional o procesal tiene pleno sentido argüir que “no hay proceso puramente abstracto que exista por sí y para sí mismo: todo litigio tiene un objeto. Si el actor deduce su acción es para que se le reconozca alguna cosa y es precisamente a lo que se opone el demandado; es la naturaleza jurídica de esa ‘alguna cosa’, del objeto del proceso, de lo que se trata aquí”. Su aparente sencillez puede ocultar su importancia y las ya viejas discusiones doctrinales sin resultados definitivos ni universalmente admitidos. Llegados aquí surgen dos relevantes y conexas cuestiones: en primer lugar, la de que la pretensión procesal en cuanto formulada contra alguien (demandado) parece connotar la preexistencia de un conflicto y, en segundo lugar, que una cosa es el objeto litigioso, es decir la relación jurídica discutida.” (ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. *Cuadernos de Derecho Judicial*, [s.l.], n. 23, p.13-48, 1996. p. 2-3)

⁵⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 3 fev. 2022.



civil⁵⁵, permitem que o juiz decida o caso elucidando a eficácia mediata dos direitos fundamentais entre particulares.⁵⁶

Como se percebe, tais cláusulas possibilitam a adequação interpretativa do texto da legislação ao contexto social e em conformidade com as normas constitucionais, abrindo-se à constitucionalização. Além disso, uma vez inseridas em códigos e leis relativos ao direito privado⁵⁷, acabam facilitando o reconhecimento da juridicização de diversos fenômenos conflituais que não encontram respaldo jurídico em normas específicas, voltadas a relações negociais típicas.

Além de serem objetos que vinculam os particulares ao seu cumprimento, os direitos fundamentais possuem uma vocação que relaciona Estado Ativo-Responsivo e democracia, chamada de vocação contramajoritária. Trata-se da dimensão de um direito fundamental referente ao seu poder, dada as circunstâncias de cada situação em concreto, de se opor a uma decisão resultante da vontade de sujeitos que representam a maioria. Jorge Reis Novais⁵⁸ utiliza a metáfora dworkiniana do trunfo em um jogo de cartas: ser titular de um direito fundamental, em um Estado de Direito, equivale a ter um trunfo contra o Estado, o que, num governo democrático, significa ter um trunfo contra a maioria.

⁵⁵ “Função social”, “probidade” e outros, além dos já mencionados no parágrafo anterior.

⁵⁶ Wilson Steinmetz ensina que, segundo a teoria da eficácia mediata ou indireta, as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares *por meio* das normas próprias do direito privado, seja por intermédio do desenvolvimento legislativo específico “concretizante” dos direitos fundamentais (mediação legislativa), seja por intermédio da interpretação judicial (a) de textos de normas de direito privado em conformidade com as normas de direitos fundamentais, ou que (b) “preenche” as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ou abertos com os valores das normas de direitos fundamentais (mediação judicial). Ademais, há também a teoria da eficácia imediata ou direta, segundo a qual os direitos fundamentais vinculam os particulares de forma direta, isto é, *ex constitutione* (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 136-138, 145 e 167).

⁵⁷ Importante problematizar a terminologia, já que o direito contemporâneo está marcado por uma crise da distinção rígida entre direito público e direito privado, percebendo-se uma interpenetração entre as duas searas. Nesse sentido: “[...] a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública.” (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito do Estado*, [s.l.], ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun., 2006. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf. Acesso em: 13 set. 2021. p. 51)

⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17-18.



Cabe ressaltar que tal vocação não exprime a impossibilidade de os direitos fundamentais sofrerem limitações em decorrência de medidas dos representantes. Significa que a justificativa para eventual prevalência da decisão da maioria deve residir no resultado de uma ponderação de bens, e não no argumento majoritário.⁵⁹ Assim, por exemplo, eventual limitação legislativa ao direito fundamental de liberdade de expressão não pode ser justificada com o simples argumento de ser resultante da vontade dos parlamentares, representantes da maioria.

Ao serem invocados como fundamentos de uma decisão que contraria a vontade dos representantes (eleitos pela maioria), os direitos fundamentais podem ser tidos como potenciais limitadores do poder democrático, distanciando tal caráter contramajoritário da clássica visão que integra direitos fundamentais e democracia representativa. Todavia, se por um lado a vocação contramajoritária parece se afastar da democracia representativa, por outro se aproxima da democracia horizontal⁶⁰, núcleo do Estado Ativo-Responsivo, a qual se opõe à verticalidade expressa na força institucional do direito pela representação. Certamente, a concepção contramajoritária é essencial à tutela da democracia, que reconhece como fundamental o próprio direito de oposição, já que decisões tomadas por representantes eleitos pela maioria podem ameaçar gravemente direitos de minorias.

O direito de todos – inclusive das minorias – escolherem livre e autonomamente seus planos de vida, sustentado pela vocação contramajoritária dos direitos fundamentais, está em consonância com a ideia da democracia vinculada ao Estado Ativo-Responsivo, ao reconhecer em cada indivíduo, visto como plural e multidimensional, um mundo de possibilidades reivindicatórias e de participação política.⁶¹ Ademais, é o Poder Judiciário,

⁵⁹ “[...] o fundamento de eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento majoritário – precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria –, mas sim no resultado de uma ponderação de bens, desenvolvida à luz dos parâmetros constitucionais e através da qual se atribua a um outro bem igualmente digno de protecção, em circunstâncias em que essa compressão seja exigível, uma relevância susceptível de justificar a restrição do direito fundamental.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 33)

⁶⁰ ROUSSEAU, Dominique. La construction constitutionnelle de l’identité des sociétés plurielles. *Confluences Méditerranée*, Paris, n.73, p. 31-36, 2010. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-confluences-mediterranee-2010-2-page-31.htm>. Acesso em: 2 fev. 2022.

⁶¹ A explicação também encontra referência na ideia do “povo-indivíduos” ou “povo-todos-em-cada-um”, integrante do princípio jurídico do modelo de democracia proposto por Dominique Rousseau, intitulado de democracia contínua. O modelo delineado pelo autor pressupõe o princípio da representação política, porém não se confunde com a democracia representativa, não se limitando ao voto nem a outros instrumentos clássicos



instituição central no sistema jurídico responsivo, que possui a competência para decidir quando a força de trunfo dos direitos fundamentais deve prevalecer ou ser relativizada⁶², podendo, inclusive, ser mais democrático que instrumentos tradicionalmente vinculados à ideia de democracia representativa⁶³.

A democracia horizontal marca-se por uma permanente renovação do direito feita com a participação de todos, bem como pelo alargamento dessas possibilidades participativas, o que acaba proporcionando uma maior abertura, pelo Estado, aos fenômenos conflituais. Nesse cenário, o Poder Judiciário – o Poder Judiciário como um todo, e não meramente a atuação do juiz, ressalta-se – passa a representar a instituição estatal mais relevante para o acolhimento da juridicização da vida.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A juridicização dos fenômenos conflituais, no bojo do Estado Ativo-Responsivo, inicia-se com o próprio acolhimento de tais fenômenos, isto é, com o reconhecimento de que os conflitos não devem ser evitados, já que inerentes às interações humanas, mas sim acolhidos e resolvidos. Não só a regulamentação legislativa rígida, mas também a atividade

de participação democrática, como o referendo. Na primeira parte de seu livro, voltada à explanação principiológica, o autor apresenta as três dimensões de manifestação da democracia contínua, destacando as diferenças em relação à democracia representativa: (a) no âmbito político, o princípio da democracia contínua é o da representação-separação, enquanto que o da democracia representativa é o da representação-fusão (entre representantes e representados); (b) no âmbito jurídico, o princípio da democracia contínua é o da dupla identidade do povo: a do “povo-nação”, observado como um corpo político homogêneo, e a do “povo-indivíduos”, considerado como um somatório de indivíduos singulares, enquanto que o da democracia representativa diz respeito apenas a uma dimensão, a do povo-nação; já (c) no âmbito sociológico, o princípio da democracia contínua é o da sociedade de indivíduos, que visualiza os cidadãos como sujeitos capazes de agir, propor, inventar e redeterminar exigências normativas, enquanto que o princípio da democracia representativa é o do Estado-nação, centrado nos conceitos de território, fronteiras e soberania (ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: proposições para uma refundação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019).

⁶² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 40.

⁶³ Convém apresentar um interessante exemplo mencionado por Dominique Rousseau em que o instrumento jurisdicional foi mais democrático que o referendo: na Croácia, em dezembro de 2013, por meio de um referendo, 66% (sessenta e seis por cento) dos eleitores votaram a favor de uma emenda constitucional que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo; já no Brasil, também em 2013, o Conselho Nacional da Justiça, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou, mediante a Resolução n. 175, que os cartórios de registro civil estavam proibidos de recusar a celebração de casamentos homoafetivos (ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: proposições para uma refundação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019. p. 105-106).



interpretativa judicial adstrita ao texto frio da lei mostram-se incapazes de se conectar com a sociedade contemporânea, marcada por dar à luz fatos jurídicos complexos.

Por tal razão, o sistema jurídico responsivo propõe uma produção jurídica interpretativa que conjuga conflito, contexto conflitual e texto constitucional. Já que nem todos os fenômenos conflituais são acolhidos pela lei, para que o direito alcance essas novas possibilidades de interação humana, superadoras dos suportes fáticos das normas, é necessário que a interpretação do juiz seja feita a partir da Constituição, por força da constitucionalização do direito, considerando também o contexto social.

Tal cenário delinea o deslocamento da jurisdição ao processo, ou seja, a passagem da centralidade judicial para a valorização do papel de todos os sujeitos processuais. Por isso que o Estado Ativo-Responsivo vislumbra o Poder Judiciário como a instituição estatal mais relevante no que diz respeito ao acompanhamento das mudanças sociais e à própria juridicização da vida. O enfoque no Poder Judiciário, porém, não atribui protagonismo aos juízes e aos tribunais, mas sim ao processo judicial, vislumbrado como um local de exercício da democracia.

Paralelamente à atividade interpretativa como produção jurídica, o sistema jurídico responsivo valoriza a busca por meios autocompositivos de conflitos. A aderência da constitucionalização no direito processual é vislumbrada no Código de Processo Civil de 2015, que, além de incentivar o contraditório e a autocomposição de litígios, prevê a possibilidade de as partes modificarem aspectos do processo, como procedimentos, ônus e faculdades, em respeito às individualidades do caso.

A abertura da interpretação jurídica ao contexto, o incentivo da cooperação entre os sujeitos processuais e a valorização do contraditório e do diálogo entre as partes são aspectos de uma democratização da democracia em direção a um modelo mais horizontal. A democracia horizontal, núcleo do Estado Ativo-Responsivo, reconhece em cada indivíduo um mundo de possibilidades reivindicatórias e de participação política, o que engloba inclusive o direito de demandar a juridicização de fenômenos conflituais por meio do acesso à justiça.



REFERÊNCIAS

- ALBERT, Sonia París. Naturaleza humana y conflicto: un estudio desde la filosofía para la paz. *Eikasía – Revista de Filosofía*, Oviedo (Espanha), p. 109-116, jul. 2013.
Disponível em: <https://www.revistadefilosofia.org/50-09.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2022.
- BERMAN, Marshall. *Todo lo solido se desvanece en el aire: la experiencia de la modernidad*. Siglo Veintiuno: Madrid, 1988.
- BLANCO, Víctor Roberto Obando. *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva base para un modelo*. Lima: Tesis, 2010.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 fev. 2022.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 fev. 2022.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.
- CARBONNIER, Jacques. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10. ed. Paris: EJA, 2001.
- CHARLES, Sebastien. *Cartas sobre a hipermodernidade*. São Paulo: Barcarolla, 2009.
- CHASE, Oscar. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- CHESSA, Omar. Cos'è la Costituzione? La vita del texto. *Quaderni Costituzionali*, [s.l.], ano 28, n. 1, p. 41-65, fev. 2008. Disponível em:
<https://www.rivisteweb.it/doi/10.1439/26470>. Acesso em: 2 fev. 2022.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- COSI, Giovanni. *Potere, diritto, interessi: i Introduzione alla gestione dei conflitti*. Siena: Libreria Scientifica, 2011.



- COVER, Robert. *Derecho, narración y violencia: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.
- DEVANEY, Robert Luke. *An introduction to chaotic dynamical systems*. New York: Westview Press, 1989.
- DIDI-HUBERMAN, Georges. *El hombre que andaba en el color*. Madri: Abada, 2014.
- DIJK, Teun. *Texto y contexto (semántica y pragmática del discurso)*. Madri: Ediciones Cátedra, 1980.
- ENTELMAN, Remo. *Teoría de conflictos: hacía un nuevo paradigma*. Buenos Aires: Gedisa, 2010.
- ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. *Cuadernos de Derecho Judicial*, [s.l.], n. 23, p.13-48, 1996.
- FISS, Owen. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GARCÍA, Juan Carlos Cabañas. El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el tribunal constitucional. *Revista General de Derecho Constitucional*, [s.l.], n. 16, p. 1-63, 2013. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413118&d=1. Acesso em: 2 fev. 2022.
- GRANFIELD, David. *La experiencia interna del derecho: una experiencia de la intersubjetividad*. México: Editora Iteso, 1996.
- GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madri: Editorial Trotta, 2003.
- GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa: Barcelona, 1999.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- HAN, Byung-Chul. *Hiperculturalidad*. Barcelona: Herder, 2018.
- HAN, Byung-Chul. *Tipología de la violencia*. Barcelona: Herder, 2013.



- HESPANHA, António Manuel. Ideias sobre a interpretação. *In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los (coord.). Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Justicia-conflicto.* Madrid: Editora Tecnos, 1988.
- JULLIEN, François. *Las transformaciones silenciosas.* Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009.
- LATOURE, Bruno. *Reagregando o social: uma introdução à teoria do ator-rede.* Bauru: Edusc, 2012.
- LATOURE, Bruno. *The making of law.* Malden: Polity Press, 2010.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos.* São Paulo: Barcarolla, 2004.
- ALUYPEN, William. *Fenomenología del derecho natural.* Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1968.
- LYOTARD, Jean François. *La condicion postmoderna.* Catedra: Madrid, 2000.
- MARION, Jean-Luc. *Acerca de la donación: una perspectiva fenomenológica.* Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2005.
- MARION, Jean-Luc. *De surcroît: études sur les phénomènes saturés.* Paris: PUF, 2010.
- MARTIN, Philippe. *Dialogue social, participation et concept de gouvernance.* *In: MARTIN, Philippe. Dialogue social et regulation juridique.* Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2007.
- 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.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MENGONI, Luigi. Il diritto costituzionale come diritto per principi. *Rivista Ars Interpretandi*, [s.l.], p. 95-112, 1996. Disponível em: http://www.arsinterpretandi.it/wp-content/uploads/1996/att_mengoni.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção.* São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1994.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia.* Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.



-
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NUSSBAUM, Martha. *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Kartz, 2006.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho*, [s.l.], v. 22, n. 1, p. 185-201, jul. 2009.
- OST, François. *Le droit, objet de passions?* Bruxelles: Académie Royale de Belgique, 2018.
- OST, François. *Pyramide ou réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 2002.
- OST, François. Il ruolo del giudice: verso delle nuove fedeltà? *Rassegna Forense*, [s.l.], n. 3-4, p. 701-727, 2013. Disponível em:
<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/278146/2013-03.04+I-04+OST+RUOLO+DEL+GIUDICE.pdf/a00af374-4d14-481b-8c0f-8ec500cfd045?version=1.0>. Acesso em: 1 fev. 2022.
- OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 40, p. 15-48, 2017. Disponível em:
<https://doxa.ua.es/article/view/2017-n40-para-que-sirve-el-derecho-para-contar-hasta-tres>. Acesso em: 1 fev. 2022.
- PASSOS, José Joaquim 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.
- PEYRANO, Jorge. Acerca de los “ismos” en materia procesal civil. *Themis – Revista de Derecho*, Lima, n. 58, p. 23-27, 2010. Disponível em:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9114>. Acesso em: 1 fev. 2022.



- PEYRANO, José. La performatividad en el proceso contemporáneo: su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano. *Themis – Revista de Derecho*, Lima, n. 22, p. 5-17, 1992.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PUGA, Mariela. *Litigio estructural*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.
- RAMÍREZ, Fabio Alonso Meza. *Tratamiento de los conflictos*. Sercoldes: Bogotá, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMSBOTHAM, Oliver; WOODHOUSE, Tom; MIALL, Hugh. *Contemporary conflict - resolution*. Cambridge: Polity Press, 2000.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RICOEUR, Paul. *Caminos del reconocimiento: tres estudios*. México: Fondo del Cultura Económica, 2006.
- RICOEUR, Paul. *Del texto a la acción: ensayos de hermenéutica II*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- RICOEUR, Paul. Diritto, interpretazione, applicazione. *Ars Interpretandi*, [s.l], p. 191-198, 1996. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/1996-ermeneutica-applicazione/>. Acesso em: 2 fev. 2022.
- RICOEUR, Paul. *Hermenéutica y acción: de la Hermenéutica del texto a la hermenéutica de la acción*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.
- RICOEUR, Paul. *Si mismo como otro*. Madri: Siglo Veintiuno, 1996.
- RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madri: Editorial Trotta, 2014.
- ROUSSEAU, Dominique. La construction constitutionnelle de l’identité des sociétés plurielles. *Confluences Méditerranée*, Paris, n.73, p. 31-36, 2010. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-confluences-mediterranee-2010-2-page-31.htm>. Acesso em: 2 fev. 2022.
- ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: proposições para uma refundação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019.



- RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. *Il diritto possibile: funzioni e prospettive del médium giuridico*. Milão: Guerini Scientifica, 2011.
- SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. *Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.
- SCHNITMAN, Dora. *Nuevos paradigmas em la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas*. Granica: Madrid, 2000.
- SMART, Barry. *A pós-modernidade*. Mem-Martins: Edições Europa América, 1993.
- SOLER, Raúl Calvo. *Mapeo de conflictos: técnica para la exploración de los conflictos*. Buenos Aires: Gedisa, 2015.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- TAMANAH, Brian. *Law as a means to an end: threat to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito do Estado*, [s.l.], ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun., 2006. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.
- TINTURÉ, Maria Isabel Köpcke. *Between auctoritas and potestas: what Spanish legal history can teach European legal integration*. Barcelona: ESADE, 2002.
- TOURAINÉ, Alain. *Podemos vivir juntos: el destino del hombre em la aldea global*. Editora Fondo de Cultura Económica: Argentina, 1996.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios da Cunha e; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.
- VINYAMATA, Eduard. *Conflictología: curso de resolución de conflictos*. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2014.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.
Rio de Janeiro. Ano 18. Volume 25. Número 2. Maio a agosto de 2024.
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 476-499.

www.redp.uerj.br



<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

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