



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO PEDRO DE SOUZA MELLO

**OBJETO LITIGIOSO DO RECURSO POR *ERROR IN PROCEDENDO* E
ACESSO À JUSTIÇA**

Brasília
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**OBJETO LITIGIOSO DO RECURSO POR *ERROR IN PROCEDENDO* E
ACESSO À JUSTIÇA: A DEFESA EM JUÍZO DOS DIREITOS PROCESSUAIS**

Autor: João Pedro de Souza Mello

Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 11 de julho de 2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOÃO PEDRO DE SOUZA MELLO

Objeto litigioso do recurso por *error in procedendo* e acesso à justiça

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 11 de julho de 2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes
(Orientador - Presidente)

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes
(Coorientadora)

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho
(Membro)

Prof. Dr. Bruno Correa Burini
(Membro)

AGRADECIMENTO

Aos meus pais, Gustavo e Marília, por tudo. A mamãe vai um agradecimento duplo: o primeiro como mãe, o segundo como diretora da biblioteca do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sem cujo suporte bibliográfico este trabalho seria inviável.

Ao professor Jorge Amaury: pelas muitas horas que sempre gentilmente me cedeu para discutir minhas ideias sobre o Direito; por ter me acolhido em seu escritório como estagiário e me ensinado as lições de advocacia que vou levar para toda a vida; por ter se deixado convencer a retornar a lecionar na Universidade de Brasília mesmo depois de sua aposentadoria.

À professora Daniela Moraes, pelo apoio fundamental no estudo do processo civil.

Ao professor João Costa Neto, cuja visão analítica do direito contribuiu definitivamente para a certeza da minha vocação jurídica

Ao professor Benedito Cerezzo, que apareceu só no final da minha graduação e já deixou sua marca com inestimáveis lições sobre a realidade do processo civil.

Ao professor Bruno Burini, quem primeiro me ensinou a dogmática dos recursos cíveis.

Aos amigos Matheus Barra, Mateus Costa Ribeiro e Rodrigo Nery, absolutamente fundamentais para minha formação jurídica.

FICHA CATALOGRÁFICA

MELLO, JOÃO PEDRO DE SOUZA

OBJETO LITIGIOSO DO RECURSO POR ERROR IN PROCEDENDO E ACESSO À JUSTIÇA / JOÃO PEDRO DE SOUZA MELLO; orientador Jorge Amaury Maia Nunes; co-orientador Daniela Marques de Moraes. -- Brasília, 2019.

60 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2019.

1. Recursos. 2. Direito processual civil. 3. Direito constitucional. 4. Nulidades. 5. Direitos fundamentais. I. Nunes, Jorge Amaury Maia, orient. II. Moraes, Daniela Marques de, co-orient. III. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

MELLO, João Pedro de Souza. (2019). **Objeto litigioso do recurso por error in procedendo e acesso à justiça**. Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, número de páginas p. 60

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I — RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E DIREITO SUBJETIVO PROCESSUAL 9	
1.1. PENSAMENTO CONCEITUAL E DOGMÁTICA JURÍDICA: O CONCEITO DE RELAÇÃO JURÍDICA NO CONTEXTO DA REAÇÃO ANTIRRACIONALISTA E A FUNÇÃO DE SUA ESTRUTURA LÓGICA	9
1.2. O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL	28
1.3. AÇÃO, DEFESA E OS DIREITOS SUBJETIVOS PROCESSUAIS COMO CONTEÚDO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL	35
CAPÍTULO 2 — A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS SUBJETIVOS PROCESSUAIS 38	
2.1. O PROBLEMA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: HÁ UM DIREITO CONSTITUCIONAL DE RECORRER?	38
2.2. OBJETO LITIGIOSO DO RECURSO E CRÍTICA À ABORDAGEM UNITÁRIA DA QUESTÃO SOBRE A EXISTÊNCIA DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL AO RECURSO. OU: A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA	42
2.3. A DECRETAÇÃO DE NULIDADE COMO FORMA DE TUTELA REPRESSIVA E ESPECÍFICA DO DIREITO SUBJETIVO PROCESSUAL: ESBOÇO DE UMA <i>OUTRA</i> TEORIA DAS NULIDADES	46
CAPÍTULO 3 — PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE TUTELA DOS DIREITOS PROCESSUAIS 49	
3.1. ACESSO À JUSTIÇA COMO REGRA E COMO PRINCÍPIO	49
3.2. RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS E A MÁXIMA RESTRINGIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE RECORRER: UMA <i>COLLATERAL ORDER DOCTRINE</i> PARA O DIREITO BRASILEIRO?	51
3.3. “SLEIGHT OF HAND”: O TRUQUE DO DIREITO SUBJETIVO PROCESSUAL QUE DESAPARECE: O PROBLEMA DO DUPLO RECURSO E O EFEITO DEVOLUTIVO DAS CONTRARRAZÕES.....	52
CONCLUSÃO	52
BIBLIOGRAFIA	54

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar as situações em que o direito subjetivo processual escapa da tutela jurisdicional, bem como encontrar soluções para efetivar, nesse particular, a garantia do acesso à justiça.

ABSTRACT

The present undergraduate thesis aims to study the situations in which procedural rights are not brought before a court for a decision, as well as to find solutions to enforce the open courts clause.

INTRODUÇÃO

Este trabalho é sobretudo a defesa de uma releitura do papel do conceito de relação jurídica processual na garantia dos direitos fundamentais processuais. Defendemos que a relação jurídica é o esquema próprio para representar a imposição de certos deveres aos detentores do poder e sua exigibilidade pelos cidadãos. Defendemos, ainda, que o conceito de direito subjetivo processual — corolário do conceito de relação jurídica processual — permite construções jurídicas adequadas para explicar certos fenômenos processuais, sobretudo recursais.

Este trabalho não pretende ser exaustivo em nenhum dos temas que aborda: seu objetivo é servir-se deles para sustentar um argumento: o de que não se devem afastar da apreciação jurisdicional os direitos subjetivos processuais.

Assim, o trabalho é dividido em três capítulos.

No primeiro, são assentadas premissas filosóficas e teóricas que, em primeiro lugar, explicitam a maneira de pensar o Direito adotada no restante do trabalho e, em segundo, fornecem subsídios para responder aos críticos da relação jurídica processual.

No segundo capítulo, elabora-se construção jurídico-dogmática que tem o objetivo de dar uma resposta alternativa para a questão acerca da existência de um direito constitucional ao recurso no processo civil (ou de uma garantia do “duplo grau de jurisdição”). Essa construção tem por base o conceito de direito subjetivo processual e sugere uma nova teoria das nulidades processuais — que é abordada mas não desenvolvida no trabalho.

O terceiro capítulo aplica o raciocínio que conjuga o princípio do acesso à justiça e o conceito de direito subjetivo processual a outros dois problemas práticos.

CAPÍTULO I — RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E DIREITO SUBJETIVO PROCESSUAL

“A noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois, a de relação jurídica; não é a de direito subjetivo, que já é noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas termo da relação jurídica. Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direitos: e só há sujeitos de direito porque há relações jurídicas”¹.

Pontes de Miranda

*“Foi a primeira idade a idade de ouro;
Sem nenhum vingador, sem lei nenhuma
Culto à fé, e a justiça então se dava;
Ignoravam-se então castigo, e medo;
Ameaças terríveis se não liam
No bronze abertos; súplice caterva
À face do juiz não palpitava:
Todos viviam sem juiz, sem dano”².*

Ovídio

*“O número, ou medida, e a aparição do ser
são dois antônimos exatos; eu queria
que fossem convergentes e pus-me a conceber
as músicas da mente, as artes da poesia
como uma tradução da eterna geometria
impressa no fugaz”³.*

Bruno Tolentino

1.1. PENSAMENTO CONCEITUAL E DOGMÁTICA JURÍDICA: O CONCEITO DE RELAÇÃO JURÍDICA NO CONTEXTO DA REAÇÃO ANTIRRACIONALISTA E A FUNÇÃO DE SUA ESTRUTURA LÓGICA⁴

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo 1. p. 19.

² OVÍDIO, Públio Naso. *Metamorfoses*. p. 49

³ TOLENTINO, Bruno. *A imitação do amanhecer*. p. 35

⁴ Como certas ideias expostas no ensaio *Não fale do código de Hamurabi!*, de Luciano Oliveira, vulgarizaram-se pela boca de alguns leitores irrefletidos e por isso adquiriram uma versão simplificada e

A primeira formulação clara da ideia de relação jurídica deve-se a Savigny⁵, para quem a forma lógica de que se precisa valer a jurisdição para reconhecer um direito em sentido subjetivo é apenas uma sua necessidade accidental⁶, a qual supõe essa realidade mais profunda e orgânica que é a relação jurídica⁷. Para Savigny, a relação jurídica tem existência independentemente de suas patologias — isto é, há relação jurídica mesmo que a violação do direito não venha a atrair a atividade estatal para protegê-la.⁸ Cada relação jurídica, segundo essa visão, compõe-se de dois elementos: primeiro, a própria relação, como fato; depois, a ideia de direito que a rege e lhe dá forma jurídica⁹. Não é muito distante o conceito de Pontes de Miranda, para quem “*relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica*”¹⁰, à diferença de que aqui é já a regra, produto do pensamento abstrato, que caracteriza a relação jurídica. Essas elaborações inserem Pontes de Miranda e Savigny na tradição da visão dualista do ordenamento jurídico¹¹, à qual se liga, por exemplo, Ovídio Baptista da Silva:

corrompida, é preciso desde logo apresentar justificativa a estas páginas iniciais de teoria e filosofia do direito. Em primeiro lugar, a adequação do conceito de relação jurídica processual é premissa para o tema central deste trabalho, e o erro da crítica de alguns autores a esse conceito está em níveis teóricos mais profundos, que impossibilitam uma resposta meramente dogmática. Em segundo, o marco teórico adotado é a articulação crítica das ideias de autores diversos, a qual, a bem da clareza e da honestidade intelectual, deve ser explicitada.

⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. p. 198.

⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo I. p. 25.

⁷ *Idem*. p. 26.

⁸ Cf. *Idem*. p. 223-224.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit.* p. 199

¹¹ No sentido de Dinamarco, como “*a visão do direito material como sistema suficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes*” (*A instrumentalidade do processo*, p. 222-223). É claro que Savigny não é propriamente um dualista, porque não chegou a conceber a existência de um *plano processual* — postura que só seria possível depois de Bullow; insere-se nessa tradição apenas na qualidade de precursor. Tem-se chamado “*immanentista*” ou “*civilista*” a teoria da ação de Savigny, para aludir à confusão entre direito material e processo (cf. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, p. 249-250; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *O direito de ação: entre teorias e condições*. In: NUNES, Jorge Amaury Maia. NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Processo e procedimento*. p. 49; SILVA, Ovídio Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. p. 86-87). Não se pode olvidar, contudo, que à orientação dualista opõe-se um unitarismo que nega o direito material (cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 242-243; *Fundamentos do direito processual civil moderno*. p. 65-96), ao passo que a doutrina de Savigny vai em sentido inverso: é a autonomia do direito processual que não reconhece, reduzindo o fenômeno da ação a um direito que nasce da violação de outro direito (*Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. p. 10). Nem por isso deixa Savigny de reconhecer a existência de fatos jurídicos propriamente processuais: ação, num segundo sentido, é “o ato escrito por meio do qual começa o debate judicial” (*idem*. Tradução livre). O processo surge do direito afirmado por uma parte e negado por outra (Tomo V. p. 10), porque “*na vida real todo direito de ação nos aparece como afirmação de um indivíduo, e essa afirmação pode ser verdadeira ou falsa*” (Tomo IV, p. 102). Os elementos do processo são as afirmações contraditórias das partes, as quais têm natureza própria e independente (Tomo V. p. 10), mas que alteram o conteúdo e a essência do próprio direito (Tomo IV. p. 8). São esses os elementos que nos autorizam a incluir Savigny na pré-história da tradição dualista.

“No plano do direito material, as relações jurídicas existem e são observadas, tais como os respectivos sujeitos as consideram. O inquilino deve pagar aluguéis; o mutuário deve, além dos juros, resgatar o empréstimo contraído, pagando seu valor”. (SILVA, 2004, p. 139).¹²

Para Savigny, o direito positivo está na consciência comum do povo¹³ — não como conjunto de regras abstratas, mas como realidade cuja forma lógica só aparecerá quando houver necessidade¹⁴. O costume é o signo pelo qual se exterioriza e se reconhece o direito¹⁵. Entre duas pessoas, a relação jurídica estabelece os limites do domínio sobre o qual reina a vontade de cada uma¹⁶. “Uma relação sujeita à disciplina imposta pela norma jurídica, inicialmente costumeira, e, mais tarde, legislativa”¹⁷. Do mesmo modo, todavia, que o juízo sobre o caso particular só é possível com referência a uma regra geral, toda relação jurídica se refere a um instituto jurídico “que a domina e lhe serve de tipo”¹⁸. O instituto jurídico está no espírito nacional e pode sobreviver mesmo ao desaparecimento de sua forma¹⁹. Esse pensamento reflete a influência de Herder sobre Savigny²⁰, “desse Herder que viveu em Weimar, cada vez menos lembrado, como num exílio, mas cujo espírito deixou vestígio em cada linha que os ienenses escreveram”²¹. Para Herder, o que é espírito (*geist*) não pode ser descrito ou ilustrado²²; o espírito do tempo (*zeitgeist*) é, pois, uma soma de pensamentos, disposições, desafios e forças em

¹² Não se pode atribuir a Ovídio Baptista da Silva, todavia, uma total separação entre direito material e processo. Ao contrário, leciona o autor que não é inquestionável “a pressuposição de que exista um universo inteiramente acabado, constituído pelos direitos materiais, que o processo deve instrumentalizar, sem nada acrescentar de complementariedade jurídica, quando se sabe que os dois campos, o do direito material e o campo do processo, não estão, nem nunca estiveram, inteiramente separados, como se ao processo coubesse a exclusiva tarefa de declarar a existência, como dizia Chiovenda, da ‘vontade concreta da lei’”. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. p. 175).

¹³ *Sistema del derecho romano actual*. Tomo I. p. 29

¹⁴ *Idem*. p. 30

¹⁵ *Idem*. p. 41.

¹⁶ *Idem*. p. 30

¹⁷ Vicente Ráo (*O direito e a vida dos direitos*. V. 2. Tomo I. p. 24) a propósito da obra de Savigny. É preciso compreender, contudo, que para Savigny a elaboração legislativa tem já algo de artificial, que não se opõe ao costume, mas é, como ele, modo de exteriorização do direito: “um signo exterior que o coloque acima de todas as opiniões individuais e facilite a repressão da injustiça” (cf. *Sistema*. Tomo I. p. 43-46).

¹⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo I. p. 27. Tradução livre.

¹⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. p. 73.

²⁰ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 407; CARPEAUX, Otto Maria. *História da literatura ocidental*. V. 3. p. 1483. Isaiah Berlin chega a dizer que Savigny apenas aplicou ao direito a ideia de crescimento nacional orgânico de Herder (*Vico and Herder: two studies on the history of ideas*. p. 147. nota 1).

²¹ CARPEAUX, Otto Maria. *Op. Cit.* p. 1370.

²² HERDER, Johann Gottfried. *Philosophical writings*. p. 361.

determinados tempo e lugar — elementos que não se podem ver, mas que, como o direito de Savigny, se revelam em suas manifestações exteriores²³. A percepção sensorial do mundo é produzida não pelas forças da natureza mas por esses elementos imateriais da cultura. A criança, à medida que adquire as ideias de cor, forma, tamanho e distância, “aprende a ver”^{24 25}. Os sentidos nada ensinam, mas apenas permitem — assim como a forma ereta do homem permite a fala e, conseqüentemente, a linguagem²⁶. O pensamento, por meio do qual a alma representa para si mesma uma coisa exterior, é entidade distinta da coisa representada²⁷ — e, por essa razão, a alma pode reviver a coisa quando ela não mais existe²⁸. A alma é, por conseguinte, imaterial²⁹; ela faz uso dos sentidos, como instrumento, e usa-os tanto melhor quanto mais se nutre de ideias³⁰: mas não há necessidade de que as ideias se articulem conceitualmente; não se ensina a criança a andar por meio da exposição de uma teoria do movimento, nem se ensina a falar por meio da gramática filosófica^{31 32}. Mas uma nação não pode ter ideias para as quais sua língua não tem palavras³³ — e a língua traz impressos o pensamento e o caráter de seu povo³⁴. O

²³ HERDER, Johann Gottfried. *Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité*. Tomo I. p. 273.

²⁴ *Idem*. p. 275.

²⁵ Interessante material de reflexão sobre a relação entre cultura e percepção sensorial é o estudo homérico de William Gladstone, no qual o autor percebeu que Homero usava as mesmas palavras gregas para descrever cores que, segundo a concepção moderna, são essencialmente diferentes, bem como que havia vasta predominância do preto e do branco, com tendência a descrever as demais cores como pontos intermediários entre os dois extremos (*Studies on Homer and the homeric age*. p. 458). Em especial, Gladstone anotou que, na *Iliada* e na *Odisseia*, a mesma palavra aponta a cor do mar e a do gado (*idem*. p. 472), e que o céu nunca é descrito como azul (*idem*. p. 483) — esses elementos levaram-no a afirmar que os antigos gregos não enxergavam as cores segundo o sistema prismático (*ibidem*). Gladstone atribuiu o fenômeno sobretudo à raridade ou inexistência local de certas “fontes de cor” para comparação, como safiras, olhos azuis e vidro, ou então a um possível subdesenvolvimento da retina dos antigos gregos (*idem*. p. 487-488), o que levou Guy Deutscher a acusá-lo, sem deixar de reconhecer a genialidade de sua análise literária, de subestimar a relação entre cultura e percepção (*Through the language glass*. p. 40). Deutscher também descreve como certo povo nativo da Austrália é dotado de excepcional senso de direção espacial porque seu idioma, o *Guugu Yimithirr*, possui apenas palavras que expressam coordenadas geográficas (como leste e oeste), e nenhuma que expresse coordenadas egocêntricas (como esquerda e direita) (*idem*. p. 160-172). Ao contrário de Gladstone, que atribuiu às diferenças de percepção as diferenças de linguagem, Deutscher, invertendo a relação de causa e efeito, sustenta, tanto no caso dos antigos gregos quanto no dos aborígenes australianos, que são as características da linguagem que moldam a percepção (*idem*. p. 232). Essa posição, conforme o reconhece o próprio Deutscher, guarda certa afinidade com as ideias de Herder (*idem*. p. 3).

²⁶ HERDER, Johann Gottfried. *Idées....* Tomo I. p. 205.

²⁷ *Idem*. p. 273.

²⁸ *Idem*. p. 274.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Idem*. p. 276

³¹ HERDER, Johann Gottfried. *Another philosophy of history and selected political writings*. p. 10.

³² Essa visão é já a de um Herder maduro, que abandonou a ideia kantiana de juventude de que a discursividade é essencial a todo conhecimento e de que a racionalidade é inescapável (cf. BEISER, Frederick C.. *Enlightenment, revolution and romanticism*. p. 193).

³³ HERDER, Johann Gottfried. *Idées....* Tomo II. p. 160.

³⁴ *Idem*. p. 169.

pluralismo, como o chama Isaiah Berlin, é uma característica do pensamento de Herder³⁵: ele acredita na multiplicidade de culturas e sociedades, e na impossibilidade, incoerência e falta de sentido em articulá-las segundo valores igualmente válidos e princípios universais³⁶. Ao estudar o expansionismo do império romano, Herder viu grande injustiça no julgamento dos estrangeiros “segundo costumes que não lhes eram familiares, apresentados a castigos e punições dos quais nunca tinham ouvido falar (...) essa legislação inteira que só era apropriada à constituição de Roma”³⁷. Cada civilização deve ser compreendida em termos de seu próprio desenvolvimento, suas próprias perspectivas e seus próprios propósitos³⁸. Com efeito, a língua é criação espontânea de um povo, ligada à tradição e à crença na palavra dos pais³⁹.

“Nas «Ideen» de Herder, eles [os povos] substituem-se uns aos outros no plano cósmico de Deus como portadores do facho do destino histórico; a partir da poesia ligada à língua — e, portanto, ao povo — Herder ouve as «Vozes dos povos». (...) Também o direito já não podia ser agora entendido como produto racional do legislador estadual, de quem já Herder tinha falado com irônico desdém. Antes aparecia, como parte da cultura global, como um «tranquilo» desabrochar a partir do inconsciente dos povos — tal como as «canções populares» ou a «épica popular» românticas surgem inconscientemente, como se tornassem «poesia por si mesmas”.
(WIEACKER, 2004, p. 408).

O pensamento de Herder sobre a linguagem é o antecedente imediato da teoria de Savigny sobre o direito⁴⁰. Os dois estão ligados por uma desconfiança contra a razão, e pelas noções de povo e de consciência popular⁴¹. Savigny chega a afirmar explicitamente que o direito surge ao modo da linguagem⁴², conferindo-lhe, desse modo, uma natureza que se liga à própria existência de um povo enquanto tal⁴³. Ele é, como

³⁵ BERLIN, Isaiah. *Vico and Herder: two studies on the history of ideas*. p. 153.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ HERDER, Johann Gottfried. *Another....* p. 22, nota 1. Tradução livre.

³⁸ BERLIN, Isaiah. *Op. Cit.* p. 174.

³⁹ HERDER, Johann Gottfried. *Idées....* Tomo II. p. 168.

⁴⁰ LUNA-VINUEZA, David Ricardo. *Savigny, Herder y la tensión entre particularismo y universalismo en la construcción de la ciencia jurídica*. p. 689.

⁴¹ *Idem*. p. 699.

⁴² SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *De la vocation de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. p. 73.

⁴³ LUNA-VINUEZA, David Ricardo. *Op. Cit.* p. 700.

Herder, um adversário da ilustração francesa⁴⁴. Os dois fazem parte de um romantismo alemão historicista, relativista, vitalista, orgânico e irracional, contra um iluminismo francês racionalista, universalista e a-histórico⁴⁵. Os revolucionários franceses não concebiam a possibilidade de conflito entre os interesses de França e os das demais nações: viam-se como a vanguarda de um movimento dos povos em geral contra a tirania⁴⁶. Ao contrário da valorização da tradição popular que se vê em Herder e Savigny, os iluministas de França defendiam que era preciso iluminar o povo e livrá-los dos falsos princípios com que foram infectados pelos pais, professores e pregadores⁴⁷.

Esse *siècle des lumières* conheceu formidável avanço das ciências naturais e da geometria⁴⁸; o pensamento do século XVIII é permeado pela ideia de progresso do conhecimento⁴⁹ e pela de *razão*. A razão é o ponto central do pensamento da época: é tudo o que ela busca e tudo o que atinge⁵⁰. Trata-se de uma razão que se acredita imutável e única através de todos os tempos, culturas e nações⁵¹ — uma razão que para o Iluminismo é mais antiga e verdadeira que as os preconceitos e opiniões que a obscureceram pelos séculos⁵². Para o Direito, isso significou a justificação racional dos direitos inalienáveis do homem, por meio de um método que não quis separar a disciplina das ciências materiais daquela própria das ciências do espírito⁵³. Essa indistinção entre o material e o espiritual conduziu o Barão de Montesquieu a reduzir as leis da natureza e as do Direito a um mesmo princípio, como “*relações necessárias derivadas da natureza das coisas*”⁵⁴. Para esse Montesquieu, que no passado fora cientista da natureza, “*quanto mais um governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa (...) no governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei*”⁵⁵.

⁴⁴ Embora não tenha sido, num primeiro momento, um adversário da *revolução* francesa, tendo permanecido até simpático ao movimento revolucionário antes da decapitação de Luís XVI (Cf. BEISER, Frederick C.. *Op. Cit.*, p. 215-220).

⁴⁵ Para usar uma fórmula criticada por Darrin McMahon, porque sugere, como parecem induzir os ensaios de Isaiah Berlin, que todo anti-iluminismo oitocentista seja germânico (Cf. MCMAHON, Darrin. *Enemies of the enlightenment*. p. 8-9); para um panorama dos adversários do iluminismo na própria França, cf. *idem*, *passim*.

⁴⁶ Cf. HOBBSAWN, Eric. J. *A revolução francesa*. p. 21.

⁴⁷ Cf. ISRAEL, Jonathan. *A revolution of the mind*. p. 199-200.

⁴⁸ Cf. CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. p. 3.

⁴⁹ *Idem*. p. 5.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Idem*. p. 6.

⁵² CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. p. 234.

⁵³ Cf. CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. p. 242.

⁵⁴ CASSIRER, Ernst. *Op. Cit.* p. 242-243. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. p. 11-17

⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. *Op. Cit.* p. 87

Ao inverso do que fazem Herder e Savigny, *O Espírito das Leis* de Montesquieu se dirige à experiência histórica não à procura da singularidade dos povos, mas da descoberta e da confirmação dos princípios universais^{56 57}.

O jusracionalismo tem sua raiz sobretudo no pensamento de Thomas Hobbes⁵⁸. Em Hobbes, o surgimento do Estado é uma consequência lógica da racionalidade do homem ante um estado de natureza conceitual. É um produto técnico e neutro do cálculo humano; a máquina do Estado funciona ou não funciona, se funciona

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. p. 86.

⁵⁷ Parece-nos, por isso, francamente injusta a associação feita por Ovídio Baptista da Silva de Savigny aos pensadores do paradigma racionalista. Para o professor gaúcho, Savigny foi responsável por uma “geometrização do direito” (cf. *Processo e ideologia*. p. 98-99; p. 115; p. 202; *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. p. 127-128) e pela criação da ideia de um mundo jurídico separado do mundo dos fatos e distante da realidade social (cf. *Processo e ideologia*. p. 95; p. 144; *Jurisdição, direito material e processo*. p. 51). Ovídio atribui essa interpretação, em larga medida, ao seguinte trecho da obra de Savigny: “(...) *tal completitud puede conseguirse de otra manera, que puede explicarse mediante una expresión técnica de la geometría. En efecto, en cada triángulo hay ciertos datos conocidos, de cuya combinación se infieren necesariamente todos los demás: por ejemplo, mediante la combinación de dos lados y el ángulo comprendido entre los mismos, está dado el triángulo. De modo análogo, cada parte de nuestro Derecho tiene fragmentos tales que de ellos se derivan los demás: podemos llamarlos los principios rectores. Inducir estos y, partiendo de ellos, descubrir la coherencia interna y la afinidad que presentan todos los conceptos y preceptos jurídicos es uno de los cometidos más difíciles de nuestra ciencia y el que propiamente da un carácter científico a nuestro trabajo*”. (*De la vocación...* p. 25). Com efeito, associar Savigny a um conceptualismo que não lhe cabe senão com sérias reservas é um erro comum (como notaram MOLLNAU, Karl A. *The contributions of Savigny to the theory of legislation*. p. 83; KRIELE *apud* LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*. p. 19). É de notar-se que, exceto nesse específico trecho do qual se pretende extrair uma teoria do direito completa, Savigny não é dado a analogias geométricas. O processualista gaúcho parece confundir a substância do argumento com a forma eleita para ilustrá-lo. Como bem descreveu Karl Larenz, a metodologia jurídica de Savigny possui um elemento sistemático e um elemento histórico, na qual este é essencial e aquele accidental. A fonte do direito é a comum convicção jurídica do povo, que se constitui não na forma de uma dedução lógica, mas na de sentimento e intuição; o nexo entre os institutos que estrutura o sistema jurídico é vital e orgânico, não conceitual (Cf. LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*. p. 9-19). “*Isto quer dizer que o pensamento jurídico não pode mover-se a um nível único, que tem sempre de conciliar intuição e conceito: pois, se a intuição lhe representa o todo, o conceito (e a regra através dele constituída) só consegue abranger um aspecto parcial, e, por isso, precisa ser constantemente alargado e rectificadado de novo por intermédio da intuição*” (LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 14). Talvez tenha sido infeliz a metáfora geométrica, mas ela pretende demonstrar justamente a insuficiência dos conceitos e a necessidade da abordagem do direito segundo uma consciência histórica. Há no *Sistema* de Savigny um exemplo que demonstra essa tentativa de reconstrução do todo orgânico de uma relação jurídica intuída com base no método da conceptualização imperfeita de seus fragmentos. “*Tomemos el caso de una ley célebre, la ley frater a fratre (I.38, XII, 6): estando dos hermanos bajo el poder paterno, presta uno al otro una suma de dinero, la cual se paga despues de la muerte del padre: se pregunta si hay derecho á repetir esta suma como indebidamente pagada. Procede o no la conditio indebiti? Tal es la única cuestion sometida á la apreciacion del juez; pero para resolverla debe tener en cuenta el conjunto de la relacion de derecho, que se descompone de la siguiente manera: poder paterno sobre los dos hermanos, préstamo del uno al otro, peculio recibido del padre por el deudor. La relacion de derecho se ha desenvuelto por la muerte del padre, la apertura de la sucesion, y el pago de la deuda. Tales son los diversos elementos cuya combinacion debe entrar en la decision del juez*” (*Sistema...* Tomo I. p. 26). Como veremos adiante, a irrealizabilidade desse projeto anti-racionalista de Savigny foi objeto das críticas de Hegel e Larenz.

⁵⁸ Cf. SILVA, Ovídio Baptista A. da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. p. 107-111.

produz segurança⁵⁹: e a segurança é ideia central na doutrina hobbesiana⁶⁰. “Hobbes, sem saber, abriu claramente a via de uma ‘positivação’ racional do poder”⁶¹. Seu racionalismo é de espécie voluntarista⁶², mas sua epistemologia coincide com a dos demais filósofos racionalistas⁶³. A ideia de que o direito surge do arbítrio da autoridade tem como consequência a restrição da atividade jurisdicional à declaração e aplicação do direito já anteriormente criado pela vontade do soberano⁶⁴. Se o aplicador se desviar da autêntica aplicação do direito, aquela que corresponde à vontade do soberano, então o aplicador se torna legislador⁶⁵. Os iluministas dos setecentos, embora raramente aceitassem sem reservas a doutrina política de Hobbes, foram largamente influenciados por esse modo de pensar⁶⁶. Wieacker observou que, embora o juracionalismo e o iluminismo não sejam o mesmo fenômeno, estão intimamente relacionados⁶⁷. Ambos convergem numa forma de conceptualismo que nega o individual e afirma o geral⁶⁸.

Nesse contexto, a relação jurídica de Savigny é uma reação do individual contra o império da razão universal. Conceituá-la não é mais que formular abstratamente a ideia de que pessoas concretas se relacionam na vida prática segundo uma ideia de direito⁶⁹ — uma ideia, como a linguagem de Herder, espontânea, orgânica e independente de articulação conceitual a que se chama *instituto jurídico*. Um instituto jurídico que está na comum convicção jurídica do povo, em seu *espírito*, e que participa de um *sistema* por meio de um nexos vital, e não lógico, com outros institutos.

Essa concepção foi objeto da crítica de Hegel, para quem o caráter orgânico do direito não é incompatível com a racionalidade. “Considerar algo racionalmente não é vir trazer ao objeto uma razão e com isso transformá-lo, mas sim considerar que o

⁵⁹ SCHMITT, Carl. *Apud* SILVA, Ovídio Baptista A. *Op Cit.*. p. 112.

⁶⁰ SILVA, Ovídio Baptista A. *Op Cit.*. p. 108.

⁶¹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. p. 88.

⁶² Porque o direito é criado pelo arbítrio. Cf. SILVA, Ovídio Baptista A. *Op Cit.*. p. 114.

⁶³ SILVA, Ovídio Baptista A. *Op Cit.*. p. 113.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ “(...) the authentic interpretation of the law (which is the sense of the legislator,) in which the nature of the law consisteth; and therefore the interpretation of all laws dependeth on the authority sovereign; and the interpreters can be none but those, which the sovereign, (to whom only the subject oweth obedience) shall appoint. For else, by the craft of an interpreter, the law may be made to bear a sense, contrary to that of the sovereign; by which means the interpreter becomes the legislator”. (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. p. 182-183).

⁶⁶ Cf. CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. p. 19-20.

⁶⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 353-354.

⁶⁸ SILVA, Ovídio Baptista A. *Op Cit.*. p. 131.

⁶⁹ POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. p. 227

objeto é para si mesmo racional”^{70 71}. O direito só se define para a consciência por intermediação do pensamento^{72 73}. Talvez por isso Larenz tenha considerado irrealizável o projeto de Savigny. Para ele, o método da passagem da intuição para a abstração e vice-versa nunca ficou bem explicado⁷⁴, de modo que a construção do sistema de Savigny não resolve o importante problema acerca da recondução da abstração à unidade de sentido de um instituto inacessível ao pensamento conceitual⁷⁵. “*O que estrutura o sistema não é, pois, o nexa «orgânico» dos institutos, mas o nexa lógico dos conceitos (gerais abstractos)*”⁷⁶.

O fracasso do projeto de Savigny⁷⁷ mostra que não se pode negligenciar a importância do pensamento conceitual-abstrato para o direito. A abstração do direito, na linha da lição de Hegel, não significa, todavia, a imposição de uma razão universal para determinar o objeto, mas a compreensão da racionalidade intrínseca do individual. “*Tal conscientização do valor do pensamento universal tem uma importância infinita, e só se torna um erro quando cristaliza na forma do cosmopolitismo para se opor à vida concreta do Estado*”⁷⁸. Daí a distinção entre racionalismo e racionalidade: o direito é conhecimento mais próximo da história que da matemática, mas o conhecimento histórico também não é irracional⁷⁹.

⁷⁰ HEGEL, G. F. W. *Princípios de filosofia do direito*. p. 33-34.

⁷¹ Que o presente trabalho se sirva de alguns *insights* hegelianos para abordar o problema do pensamento conceitual no direito não significa, naturalmente, que assumo quaisquer compromissos teóricos com a doutrina de Hegel acerca do direito ou da filosofia — coisa que, afinal, se mostraria incompatível com outras noções que fundamentam o raciocínio desenvolvido, como a de direito subjetivo (cf. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. V. 2. Tomo I. p. 80-82) ou mesmo a de limitações do pensamento conceitual (cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 103-104, nota 1). A interpretação da doutrina filosófica de qualquer dos autores citados está, aliás, fora do escopo deste trabalho, de modo que nos servimos dos argumentos na medida em que contém acertos por si, sem aderir ao sistema em que foram concebidos — referindo-lhe, apenas, na proporção em que é útil para a compreensão do argumento invocado. Seguimos nisso a lição de Inocêncio Mártires Coelho de que a pureza metodológica “*não é condição necessária nem suficiente para a descoberta da verdade, antes servindo para distorcer/empobrecer a visão da realidade*” (COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica jurídica à hermenêutica filosófica*. p. 163).

⁷² HEGEL, G. F. W. *Op. Cit.* p. 186. Quem viu nesse trecho uma crítica a Savigny foi GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. p. 181.

⁷³ No plano epistemológico, a crítica de Hegel à teoria do direito de Savigny é o reflexo da oposição do mesmo Hegel à tese kantiana que reduz o conhecimento dos objetos ao conhecimento dos fenômenos, opondo pensamento e realidade “*como se o pensamento não fosse real*” (cf. TROTTA, Wellington. *O pensamento político de Hegel à luz de sua filosofia do direito*. p. 12). Veja-se que, em Savigny, a lei e o costume são signos exteriores de um direito inacessível à razão, e que a prova herderiana da imaterialidade da alma, por exemplo, tem como fundamento essa distinção entre objeto e pensamento.

⁷⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 14-15.

⁷⁵ *Idem*. p. 19.

⁷⁶ *Idem*. p. 15.

⁷⁷ *Idem*

⁷⁸ HEGEL, G. F. W. *Op. Cit.* p. 185.

⁷⁹ SILVA, Ovídio Baptista A. da. *Processo e ideologia*. p. 290.

A função do saber dogmático, por sua vez, é tecnológica, e não científica: se ocupa de determinar o que *deve ser* o direito com o objeto prático de justificar o ato de tomada de decisão⁸⁰. As ciências têm sobretudo objeto, as tecnologias têm sobretudo *problemas*⁸¹ — e o problema central da dogmática jurídica é a decidibilidade dos conflitos⁸² “os enunciados que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões”⁸³.

A dogmática analítica busca estabelecer critérios de decidibilidade, efetuando operações de classificação, divisão e subdivisão, utilizando procedimentos lógicos de ligação e diferenciação⁸⁴. Mas a ideia de um sistema abstrato-conceitual estruturado perfeitamente e capaz de reduzir todas as aplicações do direito a operações de subsunção é inalcançável^{85 86}.

O conceito abstrato, segundo explica Larenz, apreende um objeto não segundo sua plenitude concreta, mas segundo suas propriedades gerais, desconectadas das outras propriedades particulares do mesmo objeto. Essas propriedades, isoladas, formam conceitos, aos quais podem ser subsumidos seres e outros conceitos nos quais também estejam presentes essas propriedades gerais⁸⁷. Ou, na síntese de Inocêncio Mártires Coelho, “*todo conceito surge pela igualação do não igual*”⁸⁸. Quanto menos conteúdo tiver o conceito, portanto, maior quantidade de conceitos e seres pode subsumir, e vice-versa⁸⁹. A seleção das propriedades que forma o conceito dá-se segundo a finalidade da ciência à qual o conceito pertence⁹⁰. Daí a ideia de *fato jurídico*: a maior

⁸⁰ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. p. 91-95. Para Humberto Ávila, essa compreensão da dogmática como forma de atribuir sentido aos textos legais preocupada com a efetividade prática do direito tem origem em um movimento doutrinário surgido na segunda metade do Século XX no qual se inclui Karl Larenz (ÁVILA, Humberto. *A doutrina e o direito tributário*. p. 226).

⁸¹ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. p. 88

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Idem*. p. 89.

⁸⁴ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. p. 125-138.

⁸⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 622-623. Ver também: GADAMER, Hans Georg. *Truth and method*. p. 326. Gadamer refere-se à limitação da “dogmática” em sentido que para nós é o de “dogmática analítica” — porque o método hermenêutico também pode produzir uma dogmática, na medida em que fornece critérios de decidibilidade. É também nesse sentido que Ovídio Baptista da Silva fala em *dogmatismo* (*Processo e ideologia. passim*).

⁸⁶ Para Larenz, diante dessa impossibilidade muitos juristas inconscientemente argumentam também por outros modos de pensamento que não o conceitual (*Op. Cit.* p. 624). Ovídio Baptista da Silva observa que, na prática, os juízes não aplicam o direito como ciência da descoberta, mas, ainda assim, se utilizam de subterfúgios para evitar a crítica do sistema racionalista (*Processo e ideologia*. p. 97).

⁸⁷ LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 624-625.

⁸⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*. p. 300.

⁸⁹ LARENZ, Karl. *Op. Cit. Loc. Cit.*

⁹⁰ As propriedades do conceito zoológico de animal permitem subsumi-lo ao de ser-vivo, ao passo que os

parte dos fatos do mundo não interessa ao direito, apenas aqueles que se subsomem ao “suporte fático hipotético” da regra jurídica⁹¹. Por isso, como consequência natural do “conceito de conceito”, o pensamento abstrator tem tendência para o esvaziamento de sentido — já que quanto menor seu conteúdo maior a aplicabilidade⁹². Esse tipo de sistema conceitual-abstrato, que serve de base a grande parte dos textos legislativos, tem sua utilidade na aplicação do direito em um mundo complexo⁹³. E, sendo a dogmática jurídica um saber tecnológico, a adequação de suas ferramentas se mede por sua utilidade.

“A lei tem como missão classificar, de modo claro, uma enorme quantidade de fenômenos da vida, muito diferentes entre si e altamente complexos, caracterizá-los mediante notas distintivas facilmente identificáveis e ordená-los de modo a que, sempre que sejam «idênticos», se lhes possam ligar idênticas consequências jurídicas. Para levar a cabo esta missão, o caminho mais curto parece ser formar, a partir de conceitos abstractos, previsões às quais possam ser subsumidos sem esforço todos os fenómenos da vida que apresentam as notas distintivas do conceito”. (LARENZ, 1997, p. 626)⁹⁴.

juristas poderão subsumi-lo ao de *coisa móvel* — o que não faria sentido para o zoológo. Cf. LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 625-626. Também Kaufmann: “*Para a determinação dos prazos e termos ou da prescrição, seria seguramente despropositado ter por referência o conceito de tempo da astrofísica*” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito.* p. 143). Sobre isso, ver também ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* p. 25-27.

⁹¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações.* p. 3-6.

⁹² LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 644 e ss.

⁹³ Apesar das divergências de pressupostos entre os dois autores, Marcelo Neves vê entre as concepções de modernidade de Habermas e Luhmann uma convergência na superação da moral hierárquica e conteudista e conseqüentemente no dissenso estrutural acerca da moral e dos valores (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã.* p. 124) e na especialização de sistemas de linguagem como consequência (diferenciação funcional dos sistemas, em Luhmann, e diferença entre “mundo-da-vida” e sistema, em Habermas). Para Habermas, todavia, as linguagens especializadas não são *sempre* superiores à linguagem ordinária do mundo-da-vida para resolver os problemas da sociedade (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms.* p. 55), já que o preço da especialização do sistema é a “surdez” em relação aos problemas formulados em linguagem comum (*ibidem*); em Luhmann, contudo, em concepção que mais se aproxima á deste trabalho, a especialização dos sistemas é justamente a solução para reduzir contingência e lidar com complexidade — o que, paradoxalmente, produz mais complexidade (cf. LUHMANN, Niklas. *Introduction to social systems theory.* p. 73. Mais aprofundadamente, *La sociedad de la sociedad.* p. 485-490). Sobre o pensamento de Luhmann nesse particular, ver também a síntese de MACIEL, Otávio Souza e Rocha Dias. *Elementos ontognoseológicos...* p. 78). Também Eros Grau vê na *calculabilidade* dos conflitos uma exigência da modernidade e, paradoxalmente, a única garantia das classes humildes (ver GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes.* p. 13-20).

⁹⁴ Por exemplo, no campo do direito processual civil, importa saber se o ato judicial que condena em obrigação ilíquida se subsume ao conceito de sentença ou ao de decisão interlocutória (sobre essa questão, ver DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil.* v. 3. p. 246-247). No primeiro caso, ser-lhe-á ligada a consequência jurídica do surgimento do direito de apelar — já que, no sistema abstrato-conceitual do processo civil, há esse tipo de nexo lógico entre os conceitos de sentença e apelação. No segundo caso, ser-lhe-á ligado como consequência jurídica o nascimento do direito de agravar de instrumento.

Pouco depois de Savigny, Windscheid, por exemplo, atribuiu caráter abstrato à própria ideia de relação jurídica, definindo-a como *relação juridicamente determinada*: seja uma relação da vida à qual o direito não faz mais que aderir, como a posse, seja uma relação determinada pelo próprio ordenamento jurídico, como a propriedade⁹⁵ — já sem aludir ao caráter fragmentário do conceito.

Eros Grau, procurando solucionar aparente contradição na filosofia do direito de Marx, acabou por encontrar síntese conciliatória entre a ideia de relações concretas regidas pela ideia de direito e a relação feita forma abstrata pela regra jurídica.

“A sociedade civil pressupõe certas formas jurídicas que o Estado põe (setzen, pôr, Gesetz, lei: proximidade que, como se sabe, Hegel assinala). E quando há oposição entre ambos, trata-se de um descompasso entre formas jurídicas pressupostas e formas jurídicas postas” (GRAU, 2013b, p. 111-112).

A utilidade dos sistemas conceituais, todavia, não deve iludir o jurista com uma inexistente completude. A uma, porque os fatos da vida não apresentam os limites rígidos que o sistema conceitual exige^{96 97}. A duas, porque a operação lógica de aplicação do direito não é sempre de subsunção, mas frequentemente de *concretização*⁹⁸. A três, e como consequência da afirmação anterior, porque os conceitos só têm sentido relacional

⁹⁵ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. p. 172.

⁹⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 645.

⁹⁷ A esse respeito, é esclarecedora a teoria estruturante de Friedrich Muller. Para ele, o texto da norma é o mais importante elemento do programa da norma (MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 24), o qual, por sua vez, constitui um “projeto vinculante de ordenamento parcial dentro da comunidade jurídica, (...) que o preceito jurídico espelha mais ou menos acertadamente através da linguagem” (MULLER, Friedrich. *Teses sobre a estrutura das normas jurídicas*. p. 200). Para solucionar o problema da pluralidade de sentidos *prima facie* é fundamental a *interpretação* do texto (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. p. 6-7). A normatividade, todavia, também se compõe do âmbito normativo — isto é, o dos fatos da vida, gerados ou não gerados pelo direito, que a norma escolheu para si como âmbito de regulação (MULLER, Friedrich. *Métodos...* p. p. 42-43). O âmbito normativo é dotado de vagueza e indeterminação, que se superam não mediante interpretação mas por um processo de *concretização*. Com efeito, a norma jurídica geral não é imediatamente aplicável, mas precisa ser concretizada para encontrar a norma de decisão que regula o caso concreto (MULLER, Friedrich. *Teses...* p. 208. Ver também GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes*. p. 32-33).

⁹⁸ Seja no sentido de Gadamer, que a identifica com a interpretação — a mediação do sentido entre a tradição e o caso concreto (cf. GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. p. 325-326). Seja no sentido de Muller, para quem a norma jurídica geral, não sendo imediatamente aplicável, precisa ser concretizada para encontrar a norma de decisão que regula o caso concreto (cf. MULLER, Friedrich. *Teses sobre a estrutura das normas jurídicas*. p. 200). Nesse processo de concretização, são considerados seletivamente elementos jurídicos e não-jurídicos do contexto para superar a vagueza e indeterminação da norma (cf. NEVES, Marcelo. *Op Cit*. p. 6-7).

— isto é, no contexto uma específica relação jurídica⁹⁹. Por isso, em um plano de significado, relação jurídica é conceito jurídico¹⁰⁰; em outro, é espaço contextual que permite a atribuição de sentido a outros conceitos.

A afirmação desse último sentido merece maiores esclarecimentos. Em primeiro lugar é preciso compreender que o direito moderno é intersubjetivo. Ovídio Baptista da Silva apontou, com certo pessimismo, a profunda transformação havida entre as concepções clássica e moderna de direito: para os antigos, a justiça era uma virtude, conquistada pela experiência da vida e pelo treinamento do caráter; não se confundia com a observância de normas prescritas pelo poder: era uma qualidade moral¹⁰¹. As raízes da concepção formalista de justiça encontram-se na obra de Guilherme de Ockham. A partir daí “o direito deixa de ser um bem, atribuído segundo o merecimento de cada um, para tornar-se o poder que se tem sobre os bens, ou o poder de impô-lo à observância dos demais¹⁰². Esse poder só tem sentido frente a um outro contra quem o seja possível impor¹⁰³. Essa nova compreensão teve para o direito consequências como a “pessoalização do direito real”¹⁰⁴. Só há direito entre pessoas: até o direito sobre a coisa é intersubjetivo, é relação jurídica na qual a coisa não figura senão como objeto¹⁰⁵. Sobre a necessidade dessa transformação para a vida moderna, ver nota 93. A ideia de relação jurídica é, por isso, fundamental para o direito moderno.

Em segundo lugar, ao cabo do processo de concretização, a solução do caso concreto é sempre dada por uma *regra de decisão* que o rege, a cujos conceitos se

⁹⁹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 145, com fundamento em Wittgenstein. Kaufmann dá excelente exemplo do que isso quer dizer: em determinado caso, discutia um tribunal alemão sobre se o ácido clorídrico poderia ser subsumido ao conceito de “arma” para qualificar o roubo. Para Kaufmann, essa discussão só tem sentido diante da pré-compreensão do intérprete sobre o caso como *possível* roubo qualificado, não sendo possível aplicar o mesmo conceito de arma ali alcançado a outros casos (cf. KAUFMANN, Arthur. *Op. Cit.* p. 127-132). Também para Inocêncio Mártires Coelho, um texto jurídico só pode se ter sentido quando relacionado a um caso, mesmo que hipotético (COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*. p. 301).

¹⁰⁰ Como, por exemplo, num debate sobre a aplicação do art 124 do Código de Processo Civil brasileiro, segundo o qual “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na *relação jurídica* entre ele e o adversário do assistido”. É possível discutir, em um determinado caso, se um determinado fato, sob essa pré-compreensão, subsume-se ao conceito de “relação jurídica” para produzir o efeito de autorizar a intervenção litisconsorcial. Também há conceitos no plano da eficácia, e portanto também é possível dizer que um determinado fato jurídico tem como consequência a formação de uma determinada relação jurídica.

¹⁰¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. p. 135-138.

¹⁰² *Idem*. p. 138.

¹⁰³ *Idem*. p. 139.

¹⁰⁴ *Idem*. p. 140.

¹⁰⁵ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. p. 105-106; Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 91-92; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. p. 111.

subsomem os fatos¹⁰⁶. É certo que esse perfeito acoplamento entre normatividade e facticidade não está previamente dado pelo sistema, mas depende dessa passagem da norma do abstrato ao concreto, num processo circular que assimila progressivamente a formulação linguística dos fatos¹⁰⁷.

Para Arthur Kaufmann, três níveis de realização do direito são indispensáveis: o dos princípios jurídicos gerais-abstratos, o das regras jurídicas gerais, formais-positivas, e o dos casos concretos. “*Não há regra jurídica sem princípio jurídico e não há decisão jurídica sem regra jurídica*”. Entretanto, não se salta de um nível ao outro por operações dedutivas.¹⁰⁸ Não se pode negar, contudo, que se realizam operações subsuntivas no âmbito interno de cada plano.

Mesmo Lênio Streck, que nega qualquer possibilidade de aplicação subsuntiva do direito¹⁰⁹, raciocina por conceitos e subsunção ao criticar certo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que teria incorretamente aplicado regras do controle de concentrado de constitucionalidade a um caso de controle difuso¹¹⁰. Se essa crítica é possível, é que há um conceito de controle concentrado de constitucionalidade e outro de controle difuso de constitucionalidade, que não têm conteúdos idênticos e aos quais se associam distintas consequências jurídicas. Mais: o caso pré-compreendido como possível controle de constitucionalidade julgado pelo TJSP, na opinião do autor, possui notas distintivas que permitem subsumi-lo ao conceito de controle difuso, e não ao de controle concentrado.

Ao longo do processo concretizador, os conceitos de que se serve a norma jurídica vão ganhando densidade de conteúdo e sendo progressivamente substituídos por

¹⁰⁶ Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. p. 134-140. Marcelo Neves ilustra essa ideia com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* nº 82.424, conhecido como “caso Ellwanger”, no qual a corte enquadrou a publicação de livro com conteúdo antissemita no tipo penal de racismo e considerou-o, portanto, imprescritível. Ao fim da argumentação sobre colisão de princípios e sobre enquadramento do fato ao tipo penal, a regra abstrata penal foi concretizada a luz de princípios constitucionais para criação da regra de decisão que, afinal, foi “*o enquadramento penal como crime de racismo da publicação de livros que neguem o holocausto é permitido do ponto de vista do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*”. Sobre isso, ver também GRAU, Eros. *Por que tenho medos dos juízes*. p. 32-33.

¹⁰⁷ “*Não são os fatos que são subsumidos — como isso seria possível? — mas enunciados sobre uma situação de facto, corrida como tal*” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 384). Aqui é indiferente a questão filosófica acerca de se essa formulação linguística dos fatos são os fatos mesmos ou apenas o produto da entrada, intermediada pela linguagem, dos fatos no mundo jurídico. Para uma crítica à ideia ponteana de que o mundo é o conjunto dos fatos, ver STRECK, Lênio Luiz. MATOS, Daniel Ortiz. *Um direito sem facticidade: uma (des)leitura da teoria do fato jurídico*.

¹⁰⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 124-125.

¹⁰⁹ Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 282-295.

¹¹⁰ *Idem*. p. 247-248.

outros cada vez mais adequados à relação jurídica específica¹¹¹, mediante operações intelectuais não dedutivas. Ao final, contudo, os conceitos concretos do suporte fático são subsumidos aos conceitos contidos na regra de decisão.

Por exemplo, os honorários de advogado, para fins de inscrição em precatório, subsomem-se ao conceito de verba alimentar. É o entendimento do Supremo Tribunal Federal encartado no enunciado 47 de sua Súmula Vinculante. Isto é: nessa específica relação jurídica de crédito entre o advogado e a fazenda pública que tem como objeto honorários a ser pagos por esta àquele, o conceito mais abrangente de “verba alimentar” adquire um conteúdo tal que permite enquadrar dentro de sua moldura o conceito mais restrito de “honorários advocatícios”, autorizando sua ligação à consequência jurídica de inscrição em lista especial de precatório.

Por outro lado, no julgamento do Recurso Especial nº 1.747.645/DF, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, conduzida pelo voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, concluiu que, para fins de impenhorabilidade, os honorários de advogado só podem ser considerados verba alimentar até o limite de cinquenta salários mínimos. É dizer: nessa específica relação jurídica entre o Estado que pretende praticar o ato expropriatório e o advogado-devedor, o conceito de “honorários advocatícios” só adquire um conteúdo que o permite subsumir-se ao de “verba alimentar”, e vice-versa, e conseqüentemente ligando o conceito de honorários à consequência jurídica da impenhorabilidade, se seu valor for inferior ao de cinquenta salários mínimos.

De outra banda, quando o advogado é credor de honorários e o devedor se lhe opõe a impenhorabilidade da poupança e das verbas remuneratórias (art. 833, *caput*, incisos IV e X, do Código de Processo Civil), o STJ já entendeu que é possível subsumir o conceito de honorários de advogado ao conceito de “prestação alimentícia”¹¹², produzindo o efeito do § 2º do art. 833 do Código de Processo Civil de excepcionar a impenhorabilidade. Vê-se que o deslocamento do titular dos honorários da posição de devedor para a de credor foi capaz de alterar o conteúdo do conceito de verba alimentar considerado adequado ao caso concreto. Todavia, como “*é no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepitível*”¹¹³, em 2018 o ministro Antônio Carlos Ferreira

¹¹¹ GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 68.

¹¹² STJ. Corte Especial. EDcl nos EAREsp 387.601/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 26/02/2015, DJe 04/03/2015

¹¹³ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 288. É preciso evitar, entretanto, o erro que Guastini atribui aos hermeneutas e que chama de “*a obsessão do caso concreto*” (GUASTINI, Riccardo. *Teoria analítica del derecho*. p. 39): se o sentido último do texto é dado no caso concreto, não é que não haja

preferiu decisão monocrática no sentido de que, embora reconhecendo que normalmente o conceito de honorários advocatícios se subsume ao de verba alimentar para o fim de elidir as impenhorabilidades, no caso de pedido de penhora de FGTS isso não seria possível¹¹⁴. O STJ também não tem admitido a penhora de bem de família para satisfação de crédito de honorários advocatícios¹¹⁵.

Por fim, é possível considerar uma quarta hipótese. A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, autoriza a prisão civil apenas no caso do devedor de alimentos. O art. 139, IV, do CPC, criou autorização genérica para a utilização de medidas coercitivas para efetivação de ordens judiciais que tenham como objeto a satisfação de obrigação pecuniária. É de se perguntar se é possível a utilização da prisão civil como medida coercitiva na execução do crédito de honorários de advogado. O problema consiste, mais

sentidos primários e intermediários. Por exemplo, a regra do dispositivo do art. 229 do CPC atribui a consequência jurídica “prazo em dobro” ao suporte fático “litisconsortes com diferentes procuradores de escritórios de advocacia distintos”. O parágrafo único do mesmo artigo atribuiu a consequência de “cessar a contagem em dobro” para o suporte fático “número de réus igual a dois” + “defesa oferecida por apenas um dos réus”. É evidente que os conceitos de “prazo”, “litisconsorte”, “procurador”, “escritório de advocacia”, “defesa” e “réu” têm conteúdo *prima facie* e compõem a regra de decisão que regula um caso hipotético em grau máximo de abstração e mínimo de conteúdo. Quando o STJ decide, em um caso concreto, que “*a prerrogativa processual do prazo em dobro, prevista no artigo 229 do CPC/2015, correspondente ao artigo 191 do CPC/1973, não se aplica ao agravo interposto contra a decisão que nega seguimento a recurso especial, tendo em vista que o autor dessa irrisignação é o único que possui interesse e legitimidade para recorrer*” (STJ. 3ª Turma. AREsp 1229660. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze. j. 15/05/2018, DJe 25/05/2018), está atribuindo, concretamente, ao conceito de “defesa” um conteúdo que permita subsumir-lhe o de “recurso” (e conseqüentemente o de “agravo em recurso especial”), e ao de “réu” um que abarque o de “recorrente”. Por outro lado, quando enunciamos que “*quando o recorrente é o único que possui interesse e legitimidade para recorrer, não se aplica a contagem do prazo em dobro*”, como enunciado criptonormativo atribuível ao art. 229 do Código de Processo Civil, estamos também atribuindo aos conceitos um conteúdo intermediário, e dando ao texto um sentido intermediário que possibilita a regulação de um caso-tipo que ainda não é o caso concreto. A *correção* do entendimento e da decisão do STJ estão aqui fora de questão. A regulação de casos-tipo por conteúdos normativos intermediários permite o processamento coerente de grande número de situações da vida. A técnica de que faz uso o sistema de precedentes vinculantes criado pelo CPC/15, por exemplo, é a fixação de certos sentidos intermediários do texto. É preciso, todavia, compreender que o conteúdo intermediário não é, naturalmente, o conteúdo final: que a operação de concretização ainda é necessária.

¹¹⁴ STJ. Decisão Monocrática. REsp 1727113. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. j. 20/03/2018, DJe 03/04/2018.

¹¹⁵ Ver, por exemplo, STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1246675/ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. j. 16/10/2018, DJe 22/10/2018.

uma vez, em determinar se, nessa específica relação, é possível subsumir o conceito de honorários advocatícios ao de alimentos^{116 117}.

Independentemente de considerações sobre a correção da concretização dos conceitos em cada uma das situações acima, é evidente que os conceitos de honorários de advogado e de verba alimentar, partindo do mesmo conteúdo *prima facie*, uma vez concretizados alcançaram respostas diferentes acerca da possibilidade de subsunção. E não se trata sequer dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”¹¹⁸!

Ainda: esse exemplo, da forma como tratado neste trabalho, não é ainda a comparação entre casos concretos, mas entre *casos-tipo*, os quais se situam em grau intermediário entre o sentido *prima facie* do texto normativo e a regra de decisão do caso concreto. Os conceitos com que opera, por conseguinte, também estão em grau intermediário de concretude: possuem mais conteúdo do que os conceitos da norma abstrata, e, conseqüentemente, são capazes de processar um número menor de situação concretas. Não obstante, ainda devem ser concretizados para alcançar o sentido do caso concreto. A esse respeito, ver ainda a nota 113.

Como conceito jurídico, por sua vez, dada a fundamentalidade do caráter intersubjetivo do direito moderno, a noção de relação jurídica tem baixa densidade de conteúdo e permite a subsunção de um grande número de outros conceitos. São relações jurídicas o processo, a obrigação tributária, o contrato, o dever de indenizar, a multa administrativa, a anticrese, o domicílio.

O conceito de relação jurídica é vocacionado para estar no plano dos efeitos dos fatos jurídicos. A relação fática, contudo, pode ser elemento do suporte fático: e aí a relação jurídica também será eficácia, mas não pura eficácia, porque será também fato jurídico. “*Onde os fatos jurídicos ocorrem, todas as relações que deles emanam são*

¹¹⁶ Responde positivamente para a possibilidade de utilização da prisão civil em alimentos que não são o típico dos direito de família TALAMINI, Eduardo. *Poder geral de adoção de medidas coercitivas e subrogatórias*. p. 590. Na vigência do CPC anterior — e, portanto, não analisando a questão sob o ponto de vista do art. 139, IV — o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo registra julgado em que se afirma que “a jurisprudência” (*sic*) “não tem admitido a prisão civil do devedor de honorários, ou mesmo a inclusão da verba, pelo rito previsto no art. 733 do Código de Processo Civil [de 1973], junto a prestações alimentícias”. TJSP. Seção de Direito Privado. 26ª Câmara. Agravo de Instrumento nº 2097502-80.2015.8.26.0000. Rel. Des. Bonilha Filho. j. 10/06/2015. DJe. 12/06/2015.

¹¹⁷ Utilizamos indiferentemente as expressões “verba alimentar”, “prestação alimentícia”, “alimentos” porque o termo que expressa o conceito não é ainda o conceito mesmo, e o mesmo conceito pode ser expresso por mais de um termo. “*O termo é o signo do conceito*”. (GRAU, Eros. *Nota sobre os conceitos jurídicos*. p. 262).

¹¹⁸ Bem aponta Lênio Streck que não há “casos fáceis” em que é a clareza do texto a reduzir a aplicação a subsunção dos fatos à norma (*Verdade e consenso*. p. 282).

eficácia, porém o fato jurídico em si pode já ser relação jurídica”¹¹⁹. Ou, mais extensamente:

“*Todo fato jurídico tem a sua eficácia, ou a teve, ou a vai ter. Não há, porém, confundirem-se a existência do fato jurídico e a sua eficácia. Pode bem ser que a regra jurídica, incidindo, torne jurídica relação que já existia no mundo fático. Então, não há cogitar-se, aí, de relação jurídica como pura eficácia do fato jurídico: a relação (jurídica) está nele, porque no suporte fático já estava como relação fática (e.g., relação de filiação, relação de nacionalidade). Se alguma relação (jurídica) se compõe depois, é eficácia, e tal relação jurídica é livremente ‘construída’ pela técnica jurídica, seja de direito, de pretensão, de ação, ou de exceção, que se trate*”. (PONTES DE MIRANDA, 2006. Tomo VI, § 505, 3)

A relação jurídica, portanto, pode ser básica ou eficaz. Será básica quando a relação fática se fizer jurídica: isto é, quando a relação inter-humana estiver no suporte fático da regra jurídica. Será eficaz quando for criada como efeito do fato jurídico¹²⁰.

De um ou outro modo, a relação jurídica poderá, por sua vez, estar no suporte fático de *outro* fato jurídico¹²¹. Por exemplo, a relação jurídica processual é puramente eficaz, mas está no suporte fático da litispendência¹²².

Relação jurídica, conceitualmente, é o de vínculo entre pelo menos dois sujeitos em torno de uma prestação submetida a um operador deôntico (proibido, permitido, obrigatório)¹²³: isto é, o conteúdo da relação jurídica é no mínimo um binômio direito-dever, mas pode ser mais de um. A relação jurídica, todavia, não é o direito subjetivo¹²⁴. “*A relação jurídica pode durar mais do que os direitos; irem-se eles extinguindo, sem que ela se extinga (pagam-se os aluguéis, e a relação jurídica de locação fica)*”¹²⁵.

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I, § 40, 1.

¹²⁰ *Idem*, § 41, 1.

¹²¹ Sobre a possibilidade de efeitos jurídicos e fatos jurídicos constituírem suporte fático de outros fatos jurídicos, ver MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico — plano da existência*. p. 46-48.

¹²² Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil [de 1973]*. Tomo III. p. 194-195; 226.

¹²³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário — fundamentos jurídicos da incidência*. p. 242. Ver também VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. p. 115-116.

¹²⁴ Como supôs ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. v. 1. p.2

¹²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I, § 42, 1.

O conceito é ferramenta do raciocínio — não mais que isso, mas também não menos que isso. “*Os conceitos jurídicos são usados não para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas*”¹²⁶. Ou, no dizer de Inocêncio Mártires Coelho:

“*Todo o erro, portanto, residia no fato de se confundirem as pseudorealidades transcendentais, que o conceito pretende tornar alcançáveis, e o seu único valor como forma de raciocinar. O conceito não é outra coisa. Sob esse aspecto, tem uma vantagem técnica incontestável. Mas esconde, igualmente, um vício grave: a imobilização da realidade em fórmulas verbais, que não servem senão para raciocinar*”. (COELHO, 2010, p. 300).

É preciso, pois, compreender *cum grano salis* a distinção que, aplicando ao direito a doutrina de Karl Popper, faz Fredie Didier Junior entre conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos¹²⁷. Para ele, os conceitos jurídico-positivos são adequados a ordens positivas determinadas e só a ela se aplicam: é o caso do conceito de “casamento” ou de “recurso extraordinário”¹²⁸. O conceito lógico-jurídico, por sua vez, é apriorístico e tem a pretensão de explicar a experiência jurídica onde quer que ocorra. Entre os conceitos lógico-jurídicos estão o de norma jurídica, sujeito de direito, fato jurídico, preceito normativo¹²⁹. A teoria geral do processo seria, portanto, uma disciplina cujo objeto é a elaboração, a articulação e à organização dos conceitos lógico-jurídicos processuais¹³⁰. Entretanto, “*conceitos universais e fechados à experiência e ao diálogo*” como explica Humberto Ávila, “*não têm como se sustentar*”¹³¹. Os conceitos ditos universais, portanto, têm na verdade mera pretensão de universalidade, com função apenas heurística¹³². É verdade que Fredie Didier Junior admite que os conceitos lógico-jurídicos sejam submetidos ao teste da experiência e revistos quando perderem sua capacidade explicativa: o conceito lógico-jurídico também é produto cultural¹³³. Mas aí já não são conceitos *a priori*: não precedem a experiência, mas partem dela. Por isso, mais adequada é a proposta de Dinamarco, de construir a teoria geral do processo pelo método indutivo:

¹²⁶ GRAU, Eros. *Nota sobre os conceitos jurídicos*. p. 261.

¹²⁷ Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. p. 52-64.

¹²⁸ *Idem*. p. 53-54.

¹²⁹ *Idem*. p. 56-58.

¹³⁰ *Idem*. p. 80.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. *A doutrina e o direito tributário*. p. 240.

¹³² ÁVILA, Humberto. *A doutrina e o direito tributário*. p. 240.

¹³³ Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. p. 59-64.

“Teoria geral do processo é, nessa perspectiva, um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual.”. (DINAMARCO, 2013, p. 68).

O exame desse grau máximo de generalização útil está fora do escopo de nossa análise¹³⁴, que se restringe à estrutura, ao método e à utilidade do pensamento conceitual no direito.

Sobre o pensamento conceitual no direito, são necessárias ainda algumas observações sobre sua relação com a linguagem jurídica. Eros Grau aponta que toda linguagem é um sistema convencional de símbolos¹³⁵. As pessoas podem se valer de muitos termos para designar os conceitos, mas o conceito referido é igual para todos¹³⁶. “A linguagem jurídica é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa”¹³⁷. O termo é o signo linguístico do conceito¹³⁸, mas os conceitos por sua vez, como não são dotados de essencialidades, referem-se a significações e não a objetos. Essas significações, por sua vez, são atribuídas aos objetos quando há reconhecimento do conceito por um grupo social¹³⁹. A separação entre o termo jurídico e o objeto da vida é, portanto, de dois graus: o termo refere-se ao conceito, o conceito refere-se à significação, e a significação é atribuída ao objeto. A expressão do conceito (termo) é signo de segundo grau¹⁴⁰.

¹³⁴ Embora seja problema de certa relevância, já que a elevação da aplicabilidade do conceito é sempre acompanhada por um esvaziamento de sentido (cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 644-650). Essa questão pode levar mesmo a pôr em dúvida a viabilidade de uma teoria geral do processo. Em apoio de um alto grau de generalização, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 73-77. Defendendo uma visão mais restritiva, SILVA, Ovídio Baptista A. da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. p. 34-38. Aury Lopes Junior defende a impossibilidade de uma teoria geral do processo que atenda as exigências dogmáticas do direito processual penal (cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal — introdução crítica*. p. 68-78). Afrânio Silva Jardim, por sua vez, procura responder às críticas de Lopes Junior (JARDIM, Afrânio Silva. *Não crêem na teoria geral do processo, mas ela existe*). Para uma crítica da adequação dos conceitos da teoria geral do processo para explicar o processo constitucional objetivo, ver NUNES, Jorge Amaury. A clássica teoria geral do processo e o novo CPC. In: NUNES, Jorge Amaury. NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Processo e procedimento*. p. 23-31.

¹³⁵ GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 140.

¹³⁶ *Idem*. p. 142.

¹³⁷ *Idem*. p. 143.

¹³⁸ *Idem*. p. 146.

¹³⁹ *Idem*. p. 147.

¹⁴⁰ GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 148-150.

1.2. O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Oskar Von Bulow observou que o direito processual determina direitos e deveres que vinculam as partes ao tribunal¹⁴¹. O processo, pois, é relação jurídica de direito público¹⁴². Para Bülow, a relação processual se diferencia das demais relações jurídicas por seu aspecto dinâmico e sucessivo: o processo se desenvolve gradualmente e está “*em constante movimento e transformação*”¹⁴³. Prossegue o autor criticando a doutrina processual de seu tempo, que teria dado demasiada atenção a esse caráter dinâmico, ao *procedimento*, negligenciando seu aspecto relacional.

“Fez-se, lamentavelmente, da palavra ‘processo’ um monumento imperecível e um ponto de apoio muito difícil de abater. Quem pretenda extrair a ideia da palavra será levado, desde o princípio, pela expressão ‘processo’ a um caminho, senão falso, bastante estreito”. (BULOW, 1964, p. 3, tradução livre).

O *insight* de Bülow teve grande influência sobre a doutrina posterior. Chiovenda afirmou que a sequência de atos a que se chama procedimento não é senão “a vestimenta exterior” de uma relação jurídica: a relação jurídica processual¹⁴⁴. Antes do julgamento da demanda, produz-se um estado de incerteza sobre o direito material. Enquanto perdura essa incerteza, as partes são titulares de direitos e deveres de outras naturezas, que se destinam a oportunizá-las a fazer valer suas razões¹⁴⁵. A relação processual, desse modo, é autônoma, porque possui conteúdo e funcionamento independente da existência da relação de direito material subjacente (“da existência da vontade da lei”). Há aqui, para Chiovenda, a atuação de “outra vontade da lei” — a vontade da lei processual¹⁴⁶. O conteúdo mais importante da relação processual é o dever do órgão jurisdicional de solucionar as postulações das partes¹⁴⁷.

Não obstante outras tentativas de explicar a natureza jurídica do processo, a teoria da relação jurídica processual é dominante¹⁴⁸. Essa teoria desdobrou-se numa

¹⁴¹ BULOW, Karl Von. *La teoria de las excepciones procesales e de los presupuestos procesales*. p. 1.

¹⁴² *Idem*. p. 2.

¹⁴³ *Idem*. p. 2-3.

¹⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. p. 108.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Idem*. p. 109-110.

¹⁴⁷ *Idem*. p. 110.

¹⁴⁸ Di-lo SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. p. 357.

querela acerca de se essa relação seria angular ou triangular — isto é, se há apenas relação autor-juíz e réu-juíz, ou se há também relação autor-réu¹⁴⁹. Para este trabalho, a polêmica não interessa, porque entre os dois modelos é comum a ideia de relação partes-juíz, que é a relevante para o estudo do *error in procedendo*. Não importa para nossos fins se há relação partes-partes.

A intersubjetividade do direito é tão inescapável que Elio Fazzalari, ao tentar construir um modelo explicativo do fenômeno processual capaz de superar o “velho e inadequado clichê da relação jurídica processual”¹⁵⁰, acabou recorrendo a conceitos relacionais. “O procedimento”, diz Fazzalari, “é uma série de faculdades, poderes, deveres (...)”¹⁵¹, posições jurídicas subjetivas criadas por normas que, por sua vez, de organizam de forma que cada uma seja consequência da anterior e pressuposto da posterior¹⁵². O processo é o procedimento dialeticamente estruturado¹⁵³. Sozinho em sua ilha, Crusoé não tem poderes, faculdades e deveres: só os pode ter em relação a Sexta-Feira. Ou, no dizer de Jorge Amaury Nunes:

“Elio Fazzalari procurou dar nova feição aos estudos sobre a natureza jurídica do processo, caracterizando-o como o procedimento em contraditório e afastando as premissas até então fixadas. Parece, entretanto, que os estudos que realizou não o conduziram ao pretendido afastamento, na medida em que se valeu de conceitos (faculdade, poder, direito subjetivo) que o aproximam invariavelmente do conceito de relação jurídica. Com efeito, direito subjetivo é posição de vantagem em face de outrem com quem se está em relação jurídica. Esses conceitos são indissociáveis”. (NUNES, 2019, p. 40)

Nicola Picardi, em obra citada por Fazzalari, a essa crítica objetaria que a aplicação do conceito de relação jurídica ao processo é possível, mas meramente setorial: é capaz de descrever alguns fenômenos processuais, mas não o processo em sua totalidade¹⁵⁴. No processo há relações jurídicas, mas o esquema relacional não é capaz de representar o fator tempo e o aspecto dinâmico do processo. Entre os processualistas

¹⁴⁹ Sobre essa polêmica, cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. Cit.* p. 357-358. Ver também NUNES, Jorge Amaury. *Teoria do processo*. In: NUNES, Jorge Amaury. NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Processo e procedimento*. p. 39-43.

¹⁵⁰ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. p. 24.

¹⁵¹ *Idem.* p. 26.

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ *Idem.* p. 30.

¹⁵⁴ PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. p. 49-50.

brasileiros, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero formulam crítica semelhante¹⁵⁵.

Os professores sulistas também apresentam críticas de ordem metodológica e ideológica contra o conceito de relação jurídica processual. A primeira é que relação jurídica é um conceito próprio do direito material que tem deixado os processualistas metodologicamente reféns de conceitos tomados de empréstimo para explicar fenômenos do plano processual¹⁵⁶.

A crítica ideológica é que o conceito de relação jurídica processual estaria comprometido com um “*cientificismo pretensamente neutro*” a serviço da ordem burguesa que se estabeleceu depois da revolução francesa, e, portanto, seria inadequado ao Estado constitucional¹⁵⁷. Opinião similar é a de Luiz Guilherme Marinoni, para quem “*o conceito de relação jurídica, dado o seu caráter geral-abstrato, neutraliza a substância da própria relação em vida*”¹⁵⁸. A abstração do conceito de relação jurídica seria capaz de acolher qualquer forma de exercício do poder, bem como seu esquema esconderia as necessidades concretas de seus sujeitos; em suma, não admite perguntas sobre legitimidade do exercício da jurisdição e acesso à justiça¹⁵⁹.

“*O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar - pela participação -, ser em si legítimo - adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais -, e ainda produzir uma decisão legítima*”. (MARINONI, 2006, p. 14)

Os críticos da relação jurídica processual, em comum, propõem sua substituição por alguma forma de visão do processo como *procedimento*¹⁶⁰, que seria tanto mais própria para representar a dinâmica processual quanto mais adequada para o processo do Estado constitucional.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. p. 96-97.

¹⁵⁶ *Idem*. p. 96. De forma menos crítica a esse respeito, também o observa PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. p. 28.

¹⁵⁷ *Idem*. p. 97-98.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. p. 11.

¹⁵⁹ *Idem*. p. 12-14.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.* p. 99-100; PICARDI, Nicola. *Op. Cit.* p. 63-78; MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit. pasim*; FAZZALARI, Elio. *Op. Cit.* p. 28-31.

Do ponto de vista dogmático, a afirmação de que relação jurídica é um conceito incapaz de representar a dinâmica processual não se sustenta. Basta ver que há relações *multigeradoras*¹⁶¹, ao longo da qual direitos nascem e se extinguem sem que se extinga a própria relação jurídica. No direito material, é o caso da sociedade, do mandato, da locação. “*Há o direito unitário do locador e do locatário e os direitos que se vão irradiando. Os créditos da locação vão-se produzindo e extinguindo, sem que a relação jurídica de locação se extinga*”¹⁶². E não há quem diga que o caráter relacional da locação é meramente setorial, que pode haver relação jurídica em cada crédito, mas não na locação em sua totalidade, que o conceito de relação jurídica é incapaz de captar o aspecto dinâmico da locação.

Tampouco é bastante a origem privatística para abandonar o conceito de relação jurídica processual. Em primeiro lugar, o conceito de relação jurídica não é de direito privado, mas de teoria geral do direito. Em segundo, como bem percebeu Degenkolb¹⁶³, “*o processo civil vive de crédito*”: o conceito de ação é do direito civil, o de jurisdição é do direito constitucional. O intercâmbio conceitual entre os ramos do direito não é vício metodológico. Ou deveria o direito administrativo abandonar o conceito de *contrato*? O que deve estar em questão, sempre, é a capacidade explicativa do conceito em relação ao objeto para o qual não foi originalmente concebido. Ademais, como bem asseverou Paulo de Barros Carvalho, a divisão entre as áreas do direito é “*a cisão do incindível, a secção do insecionável*”: o sistema jurídico é um só, sua divisão em disciplinas tem finalidades meramente didáticas¹⁶⁴.

Por fim, como vimos, todo conceito jurídico é abstrato. O conceito é, essencialmente, a igualação do não igual com base na abstração de certas notas distintivas dos objetos particulares selecionadas de acordo com a finalidade do conceito. Dizer-se que um conceito é abstrato é tautológico, e em nada depõe contra o conceito.

É dizer: é óbvio que o conceito de relação jurídica processual, em sua máxima abstração, não dá conta dos sujeitos que concretamente participam do processo, buscando justiça ou exercendo poder e, portanto, é incapaz de fornecer explicações para, respectivamente, suas necessidades e sua legitimidade política. O conceito de

¹⁶¹ A expressão é de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. § 42, 7.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *apud* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. p. 64, nota 3.

¹⁶⁴ *Cf.* CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. p. 49-50.

procedimento, todavia, como qualquer conceito, é também abstrato — e contra ele dirigiram-se todas as críticas que se dirigem ao conceito de relação processual. É uma impossibilidade lógica, uma *contradictio in terminis*, qualquer conceito abstrato que tenha a pretensão de explicar as necessidades concretas das pessoas. Karl Larenz viu no conceito de pessoa um caso emblemático para ilustrar a rarefação (mas não a ausência!) de conteúdo dos conceitos jurídicos mais abstratos:

“O esvaziamento de sentido, especialmente dos conceitos mais gerais do sistema externo, torna-se particularmente claro a propósito do conceito de pessoa, tal como o entende a doutrina dominante. Equipara-o ao sujeito de direito, e entende por tal qualquer possível titular de direitos e deveres” (LARENZ, 1997, p. 648).

Karl Larenz prossegue argumentando em favor da utilidade dos conceitos abstratos sem embargo de seu esvaziamento de sentido. E, como já desenvolvido neste trabalho, os conceitos jurídicos não são essencialistas e devem ser julgados segundo sua utilidade, não segundo sua verdade.

“Sem dúvida que a formação de conceitos abstractos, e nomeadamente daqueles com um grau progressivamente crescente de abstracção, que se tornam necessariamente cada vez mais vazios de conteúdo à medida que o grau de abstracção se eleva, facilita em grande medida a clareza, porque com o auxílio de tais conceitos, um grande número de fenómenos, frequentemente de índole muito diversa, pode ser reconduzido a um denominador comum e uniformemente regulado” (LARENZ, 1997, p. 649).

Os exemplos da utilidade são prosaicos. Os próprios críticos da relação jurídica processual utilizam-na para descrever certos fenômenos. Em seu Curso de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero conceituam o terceiro como alguém “*não integrante da relação processual*”¹⁶⁵ e prova testemunhal como aquela por meio da qual “*obtem-se, através das declarações de alguém estranho à relação processual, determinada versão de como se passaram certos fatos*”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. p. 238.

¹⁶⁶ *Idem*. p. 264.

A doutrina, entretanto, que pretende substituir o conceito de relação jurídica processual pelo de procedimento em contraditório, colocando-os como concorrentes, acaba por produzir um pseudoproblema. Os conceitos são simultaneamente adequados para descrever o processo, mas enfatizam elementos diversos. Mesmo Bulow não pretendeu substituir o conceito de procedimento pelo de relação processual, senão utilizar este para estudar fenômenos para os quais aquele não era útil. Wach inicia seu Manual enunciando a aplicabilidade ao processo tanto do conceito de relação jurídica processual como do de encadeamento sucessivo de fatos jurídicos¹⁶⁷; Calamandrei, a depender dos fenômenos que pretende explicar, trata o processo ora como sucessão de atos encadeados¹⁶⁸, ora como relação processual¹⁶⁹. Entre os processualistas brasileiros, Fredie Didier Junior entende que, a depender da perspectiva de análise, o processo pode ser “*método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica*”¹⁷⁰

Vejamos um exemplo. O clássico conceito de recurso de Barbosa Moreira, como “*remédio voluntário e idôneo apto a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*”¹⁷¹ usa “processo” no sentido de “relação jurídica processual”. Basta ver o corolário “*bifurca-se o procedimento, mas o processo permanece uno*”¹⁷² para ver que o conceito de processo como procedimento seria inadequado para diferenciar um recurso de uma ação autônoma de impugnação. Mas para uma construção que verse sobre a sucessão das leis processuais no tempo, certamente conceituar o processo como “sucessão de atos jurídicos encadeados” teria maior utilidade. Na síntese de Cintra-Grinover-Dinamarco:

“A aceitação da teoria da relação jurídica processual, todavia, não significa afirmar, como foi feito desde o aparecimento desta, que o processo seja a própria relação, processual, isto é, que processo e relação processual sejam expressões sinônimas. Como já ficou indicado acima, o processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob o aspecto das

¹⁶⁷ WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. p. 3.

¹⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho processual civil*. p. 324 e ss.

¹⁶⁹ *Idem*. p. 333 e ss.

¹⁷⁰ Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. p. 36-40.

¹⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 476-565). p. 231.

¹⁷² *Ibidem*.

relações entre os seus sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conceito puro e simples de relação jurídica processual”. (CINTRAGRINOVER-DINAMARCO, 2004, p. 283-284).

Embora, como já demonstrado, não proceda a crítica de que o conceito de relação jurídica não pode abarcar o aspecto dinâmico do processo, é curioso que Calamandrei tenha visto nele justamente a vantagem da representação da *continuidade* do processo apesar das transformações por que passa¹⁷³. Ainda, “*a noção de relação processual é útil por apontar claramente as diferenças que têm lugar entre o ‘processo’ e a ‘causa; entre o direito processual e o direito substancial; entre o fundamento da ação e a regularidade do processo*”¹⁷⁴.

A abstração própria ao conceito, todavia, não impede que (i) a relação jurídica se concretize e adquira conteúdo adequado às necessidades concretas dos sujeitos processuais e que (ii) mesmo no nível abstrato, os conteúdos possíveis da relação jurídica sejam limitados àqueles convenientes ao Estado Constitucional.

Os pressupostos de legitimação da jurisdição apresentados por Oliveira e Mitidiero e por Marinoni são todos relacionais: o que a legitima, em suma, é o respeito procedimental e substancial aos direitos fundamentais. Quando Marinoni diz que “*a relação jurídica processual, nos moldes pensados pela doutrina clássica, nada diz sobre o conteúdo do processo*”¹⁷⁵ deixa claro que o problema não é a forma abstrata da relação jurídica, mas seu *conteúdo*.

O direito a algo, mesmo o direito fundamental, é sempre direito em face de alguém¹⁷⁶. A questão da adequação do processo ao Estado constitucional é um problema de determinação dos direitos que formam o conteúdo da relação processual, e se os direitos fundamentais processuais integram esse conteúdo.

Não basta estruturar o procedimento em contraditório e afirmar que a fundamentação o legitima: é preciso dizer também que o jurisdicionado tem direito ao contraditório, tem direito à decisão fundamentada. E só a visão relacional do processo é

¹⁷³ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.* p. 344.

¹⁷⁴ *Idem.* p. 345.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional.* p. 27.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* p. 193 e ss.

capaz de representar a *exigibilidade* dos direitos fundamentais em relação ao Estado-juiz. A teoria da relação jurídica processual permitiu não só o avanço técnico da processualística, mas, sob o ponto de vista político, abriu caminho para a consciência de que o juiz está adstrito a deveres que são exigíveis pelas partes¹⁷⁷.

1.3. AÇÃO, DEFESA E OS DIREITOS SUBJETIVOS PROCESSUAIS COMO CONTEÚDO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Para Chiovenda, a relação jurídica processual diferenciava-se da ação porque esta correspondia apenas à parte que tivesse razão, e aquela era fonte de direitos para todas as partes¹⁷⁸. “*Esses direitos subjetivos*”, di-lo Liebman, “*são abstratos, isto é, têm por objeto a atividade do juiz e não o resultado favorável ou desfavorável dessa atividade*”¹⁷⁹. Entre Chiovenda e o tempo atual, houve notória transformação acerca da teoria da ação convencionalmente mais aceita. Compreende-se, hoje, que a ação é autônoma — pelo menos no sentido de que não é preciso ter o direito material para ter ação¹⁸⁰. Ainda, uma tradição que se iniciou com Luigi Paolo Comoglio passou a tratar a ação como direito complexo e dinâmico, cuja proteção constitucional não se limita à fase de constituição da relação processual, mas compreende toda a atividade das partes ao longo do procedimento. Para Comoglio, poder agir e não poder produzir as provas do fato constitutivo do direito, por exemplo, é o mesmo que não poder agir¹⁸¹. Nessa linha, Cândido Rangel Dinamarco definiu a ação como o complexo de situações jurídicas subjetivas do autor no processo¹⁸². Essa visão aproxima a ideia de ação da de defesa — que é o complexo das situações jurídicas ativas do réu — passando a diferença a residir, quase que exclusivamente, no poder de iniciar o processo¹⁸³. Se, para Calamandrei, o estudo da ação é o exame do fenômeno jurisdicional sob o ponto de vista de quem pede

¹⁷⁷ Sobre isso, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. p. 253-254.

¹⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. p. 110.

¹⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. p. 64-65.

¹⁸⁰ Para as várias teorias da ação, ver CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. p. 249-255. Ver também NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *O direito de ação: entre teorias e condições*. In: NUNES, Jorge Amaury Maia. NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Processo e procedimento*. p. 49-56.

¹⁸¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. p. 148 e ss.

¹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. p. 367. Ver, no mesmo sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie. *O direito de ação como complexo de situações jurídicas*. *passim*.

¹⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* p. 368

justiça¹⁸⁴, podemos acrescentar-lhe que a defesa nada mais é que o estudo do fenômeno jurisdicional pelo ponto de vista daquele contra quem se pede.

Desse modo, a garantia do acesso à justiça, em análise dogmática, não se esgota no direito de ingresso em juízo, mas se consubstancia também em todos os direitos subjetivos processuais que surgem dentro da relação processual.

Para Roberto Del Claro, a mecânica do processo civil, analisada sob a ótica dos direitos subjetivos processuais, pode ser em grande parte explicada pelas seguintes proposições não exaustivas¹⁸⁵: (i) o autor tem direitos processuais a algo que, quando exigidos, colocam o juiz numa posição de dever; (ii) o réu tem direitos processuais que, quando exigidos, colocam o juiz numa posição de dever; (iii) o juiz é o destinatário de dever, cujas fontes são os direitos das partes e a lei; (iv) o juiz tem direitos potestativos inerentes à sua função; (v) as partes são destinatárias de deveres decorrentes da lei. O autor utiliza o direito à prova para ilustrar essa mecânica:

“O autor tem o direito de produzir uma determinada prova testemunhal (i). Se o autor realmente tiver tal direito de produzir a prova testemunhal, então o juiz se encontrará numa posição de dever (iii), devendo tomar as providências necessárias para que a prova seja produzida, como, p.ex., mandar intimá-las, marcar audiência para ouvi-las, inquiri-las, lavrar termo com o depoimento, etc (...)”. (DEL CLARO,, 2009, p. 81).

Desse modo, é possível a explicação dos fenômenos processuais com fundamento nos direitos e deveres contidos na relação jurídica processual. Essa abordagem se mostra adequada a uma análise comprometida com o respeito aos direitos fundamentais processuais. Nos próximos capítulos, far-se-á um exame, com base nesses pressupostos, de problemas relacionados ao recurso fundado em *error in procedendo*.

1.4. CONCLUSÕES PARCIAIS

Com as observações realizadas nesse capítulo, podemos assentar como premissa para o restante deste trabalho que o pensamento jurídico sem articulação

¹⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho processual civil*. p. 221.

¹⁸⁵ DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. p. 80. Suprimimos a proposição “as partes têm certos privilégios” porque não entendemos o que quer dizer e o autor não deu maiores explicações.

conceitual é inviável. Os conceitos jurídicos, todavia, não são dotados de essencialidade e universalidade e nem sua adequação ao caso concreto se dá mediante simples operações de subsunção. A subsunção, entretanto, é adequada para sistematizar conceitos dentro de um mesmo plano de abstração.

A relevância da noção de relação jurídica para o pensamento conceitual é dúplice: em um sentido, relação jurídica é um espaço contextual que permite a atribuição de sentido a outros conceitos; em um segundo sentido, a relação jurídica é ela própria conceito jurídico. Como o direito, na modernidade, é um sistema de regramento intersubjetivo das condutas, a ideia de relação jurídica, em seus dois sentidos, é fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico e tem pretensão de universalidade.

No campo do direito processual, a teoria da relação jurídica processual não apenas permitiu o avanço técnico do saber dogmático, mas produziu categorias capazes de operacionalizar a exigibilidade dos direitos fundamentais na atividade jurisdicional.

O conteúdo da relação jurídica processual são direitos e deveres processuais que concretizam a garantia do acesso à justiça. É possível explicar os fenômenos do processo sob a perspectiva do exercício dos direitos processuais.

CAPÍTULO 2 — A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS SUBJETIVOS PROCESSUAIS

2.1. O PROBLEMA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: HÁ UM DIREITO CONSTITUCIONAL DE RECORRER?

A criação pelo legislador ordinário de restrições à recorribilidade no processo civil sempre reaviva a discussão sobre a existência de um direito constitucional

ao recurso, ou uma garantia do duplo grau de jurisdição¹⁸⁶. É significativo, para esse debate, que não haja na Constituição de 1988 qualquer menção expressa a essa garantia. O Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, n. 2, alínea ‘h’), incorporado à ordem jurídica brasileira como emenda constitucional, garante o duplo grau apenas para o processo penal — e, ainda assim, duplamente condicionado: é preciso que (i) a decisão seja condenatória (o que exclui a garantia do duplo grau para a acusação), e (ii) a pena seja privativa de liberdade.

A falta de menção expressa não impediu que algumas opiniões vissem na atribuição pela Constituição de competência recursal aos tribunais a garantia implícita do duplo grau¹⁸⁷, ainda que não ilimitada. A própria Constituição estabelece certas limitações: restringe a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, torna irrecorríveis os pronunciamentos do Tribunal Superior Eleitoral quando não versar o recurso sobre contrariedade à Constituição.

Para Humberto Theodoro Júnior, a lei infraconstitucional pode impedir o rejuízo da causa por órgão hierarquicamente superior — o que não pode é impedir *qualquer* novo julgamento. Por isso, seria constitucional o art. 34 da Lei de Execução Fiscal, que impede a apelação nos embargos à execução fiscal de valor inferior a 50 ORTN — mas cria o cabimento de embargos infringentes cujo julgamento é de competência do mesmo juízo que proferiu a decisão embargada. Também é constitucional, segundo essa doutrina, o art. 41 da Lei 9.099 de 1995, segundo o qual da sentença do juizado especial cabe recurso para o próprio juizado¹⁸⁸. “*O que não se tolera, num processo justo, é a negativa de oportunidade à parte vencida de obter um rejuízo da causa cuja decisão lhe foi adversa*”¹⁸⁹.

Para Araken de Assis, a garantia do duplo grau de jurisdição não diz respeito a toda e qualquer decisão, mas apenas a decisões de mérito — e, ainda assim, é lícito ao legislador infraconstitucional restringi-la, considerando outros valores constitucionais como a efetividade e a razoável duração do processo¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Fazemos uso da expressão consagrada, mas bem observa André Ramos Tavares que “duplo grau de jurisdição” sugere que a jurisdição não é uma, e melhor seria dizer “duplo grau de cognição” ou “duplo grau de julgamento” (TAVARES, André Ramos. *Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional*).

¹⁸⁷ Por exemplo, NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. p. 41. Flávio Yarshell utilizou argumento semelhante para defender a inconstitucionalidade da taxatividade do art. 1.015 do CPC (YARSHELL, Flávio Luiz. *Cabimento de agravo: uma questão constitucional*).

¹⁸⁸ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. p. 1006-1001.

¹⁸⁹ *Idem*. p. 1008.

¹⁹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 91 e ss.

Para Dierle Nunes, o direito de recorrer é uma possibilidade das garantias da ampla defesa e do contraditório¹⁹¹.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o sentido do texto constitucional é que o recurso não pode ser suprimido quando for inerente à ampla defesa e ao contraditório, não que o é sempre. Por isso, não haveria garantia constitucional do duplo grau de jurisdição¹⁹²

Da análise dessas opiniões, percebem-se quatro possíveis regras constitucionais em disputa: (i) toda vez que a Constituição atribuir competência ao órgão jurisdicional OJ1 para julgar o recurso contra as decisões de outro órgão jurisdicional OJ2, o legislador infraconstitucional deve necessariamente criar recursos direcionados a OJ2 contra todas as decisões do OJ1; (ii) o legislador infraconstitucional deve criar contra as decisões do OJ1 recursos direcionados ao OJ2, desde que as decisões sejam de mérito; (iii) sempre que houver um pronunciamento de mérito de OJ1, o legislador infraconstitucional deve criar um recurso, que pode ser direcionado ao próprio OJ1; (iv) o legislador infraconstitucional não possui dever de criar recursos contra quaisquer decisões.

A regra que consideramos vigente na ordem constitucional brasileira é a iv.

A Constituição Federal não estabelece competência recursal para os *tribunais* — fá-lo apenas para os Tribunais Regionais Federais, para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal. A competência dos tribunais dos Estados é delegada para as Constituições dos Estados. A Constituição do Estado de São Paulo, por sua vez, estabelece competências originárias e reserva a competência legislativa sobre a competência recursal para a lei complementar. Só vamos encontrar as competências recursais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Decreto-Lei Complementar nº 3, de 27 de agosto de 1969.

Como não é possível pensar um controle de compatibilidade da lei federal sobre direito processual com o Decreto-Lei Complementar nº 3, de 27 de agosto de 1969 do Estado de São Paulo, atribuir ao texto constitucional que cria competência o sentido normativo de obrigatoriedade de um mecanismo processual de exercício dessa competência enfrentaria, no mínimo, a dificuldade de valer apenas para a justiça federal.

¹⁹¹ NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso*. p. 160 e ss.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. p. 8 e ss.

Bastaria isso para mostrar o absurdo da construção jurídica e seu descompromisso com o texto.

Ademais, deslocar a análise para outros problemas de competência para evidenciar a impossibilidade de embaralhar a questão sobre sua atribuição com a da obrigatoriedade de seu exercício.

Por exemplo, o art. 156 da Constituição confere aos Municípios a competência para instituir impostos sobre a propriedade territorial ou predial urbana e sobre a transmissão *inter vivos* de bens imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis. O Município, todavia, não é obrigado a instituir esses impostos¹⁹³. A regra constitucional é: caso outro ente federado institua imposto sobre manifestação de riqueza de competência do Município (fato jurídico), esse imposto será inconstitucional (consequência jurídica).

No caso específico das competências recursais, o Supremo Tribunal Federal aderiu a essa interpretação quando, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, decidiu que *“o inciso II do art. 108 da Lei Fundamental não é norma instituidora de recurso. O dispositivo apenas define a competência para o julgamento daqueles criados pela lei processual”*¹⁹⁴. Em seu voto, o Ministro relator ainda asseverou que *“nada impede a opção legislativa pela inviabilidade de inconformismo dirigido à segunda instância”*.

Além disso, *“os meios e recursos inerentes à ampla defesa, e explicitamente mencionados no art. 5º, LV, da CF/1988, limitam-se aos instituídos pelo legislador ordinário”*¹⁹⁵.

O que todas essas teorias¹⁹⁶ têm em comum é a suposição de identidade de objeto entre o recurso e a decisão recorrida.

Colocando o debate em outros termos, Calmon de Passos procurou diferenciar os gravames subjetivos sofridos pelas partes — os quais são inevitáveis, já que o processo contrapõe interesses incompatíveis — e os gravames objetivos, decorrentes da inexata aplicação do direito material ao caso concreto¹⁹⁷. Em suma:

¹⁹³ Sobre a facultatividade do exercício da competência tributária, ver CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. p. 248 e ss.

¹⁹⁴ STF. Primeira Turma. AgR-RE nº 460.162. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Dj. 13/03/2009.

¹⁹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. p. 98.

¹⁹⁶ Falamos em teoria jurídica sempre no sentido de LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 638 e ss., referindo-nos a uma construção jurídica quando a construção correta é controversa.

¹⁹⁷ CALMON DE PASSOS, J. J. *O devido processo e o duplo grau de jurisdição*. p. 53 e ss.

“(...) a decisão proferida com violência ao direito objetivo é decisão da qual nasce uma lesão nova, ao direito subjetivo de alguém, lesão que não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, nos precisos termos do mandamento constitucional”. (CALMON DE PASSOS, 2014, p. 54).

Isto é: o autor defende que, havendo “gravame objetivo”, o recurso busca proteger o direito contra lesão distinta daquela que originalmente deu causa ao processo. Trocando em miúdos, o objeto do recurso não é idêntico ao objeto julgado pela decisão recorrida.

Não se pode aceitar a construção assim posta. Essa visão depende do pressuposto, já abordado nesse trabalho, de que as soluções dos problemas jurídicos são dadas *a priori*. Essa premissa é explicitada na própria obra citada que, apesar de afirmar rejeitar a redução do juiz a “*uma mera máquina aplicadora do direito legislativo*”, assevera que “*nosso sistema jurídico adotou a técnica da formulação do direito por categorias, definindo aprioristicamente o que é ou não exigível, o que é ou não devido pelos indivíduos em sua convivência social (...)*”¹⁹⁸. Por isso, prossegue Calmon de Passos, “*torna-se consideravelmente limitado o poder criador do magistrado*”¹⁹⁹.

Com efeito, como observa Ovídio Baptista da Silva, a univocidade de sentido do texto legal é o pressuposto legitimante de toda a cadeia recursal²⁰⁰. Conforme expusemos no primeiro capítulo deste trabalho, a concretização do direito é um processo instável e criativo, e o direito é uma ciência da compreensão e não da descoberta. Não é possível, assim, supor que o juiz possa cometer um erro no mesmo sentido que o matemático se equivoca na resolução de um problema.

Apesar de não ter sido capaz de precisar a circunstância em que isso ocorre, Calmon de Passos abriu a possibilidade de uma nova abordagem sobre o problema do respaldo constitucional da garantia do duplo grau de jurisdição. Se não houver identidade de objeto entre a decisão recorrida e o recurso, o recurso estará garantido pela norma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

¹⁹⁸ *Idem.* p. 54.

¹⁹⁹ *Ibidem.*

²⁰⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia.* p. 243.

2.2. OBJETO LITIGIOSO DO RECURSO E CRÍTICA À ABORDAGEM UNITÁRIA DA QUESTÃO SOBRE A EXISTÊNCIA DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL AO RECURSO. OU: A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

O objeto *cognitivo* do processo é constituído pelas questões que devem ser solucionadas pelo juiz para que possa julgar a causa; o objeto *litigioso* do processo, por sua vez, diz respeito aos elementos de uma determinada causa que permitem distingui-la de todas as outras²⁰¹. É o conteúdo da demanda que, transferido para o processo, determina-lhe o objeto litigioso²⁰². Identificar o objeto do processo, em um primeiro momento, é, pois, identificar o objeto da demanda. Não quer isso dizer que a demanda *seja* o objeto do processo, como quis Chiovenda: seria confundir o conteúdo e o continente²⁰³. No mesmo sentido da distinção entre objeto cognitivo e objeto litigioso, Dinamarco alerta que não se deve confundir o *mérito* com as *questões de mérito*²⁰⁴ — isto é, com os pontos controvertidos cuja solução é necessária para julgá-lo.

O estudo das várias teorias acerca do conceito de objeto litigioso foge ao âmbito de análise deste trabalho²⁰⁵. Entendemos como objeto litigioso o pedido mediato (bem da vida) do demandante iluminado pela respectiva causa de pedir remota (fatos narrados)²⁰⁶.

Além do objeto litigioso principal (a que chamamos mérito), há no processo objetos litigiosos secundários, que em geral são julgados por provimentos interlocutórios²⁰⁷. Quando uma parte pede gratuidade de justiça, está pedindo um bem-da-vida (isenção do dever de antecipar despesas processuais) outro que não aquele pleiteado na demanda, e com fundamento causa de pedir remota (insuficiência de recursos para arcar com as despesas) também distinta daquela veiculada na demanda. Se uma parte pretende ouvir uma testemunha, pede, com base em causa de pedir diferente da que deu

²⁰¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Demanda e tutela jurisdicional*. p. 40.

²⁰² *Idem*. p. 41. Conforme também aponta Machado (*idem*, nota 78), é possível que haja ampliações objetivas do processo ao longo de sua marcha. Nesses casos, evidentemente, o objeto do processo não coincidirá com o objeto da demanda.

²⁰³ Sobre isso, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. p. 26 e ss.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ Sobre elas, ver MACHADO, Marcelo Pacheco. *Op. Cit.* p. 39-67; WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. p. 104 e ss.

²⁰⁶ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. p. 96 e ss.

²⁰⁷ Sobre a distinção entre provimento-fim e provimento interlocutório, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. p. 242.

origem ao processo (ponto controvertido de fato e relevância do depoimento), bem-da-vida (oitiva da testemunha) igualmente distinto. E fá-lo porque tem direito de provar — um direito subjetivo processual que, como vimos, é desdobramento da garantia de acesso à justiça.

Dinamarco, com base em outra teoria do objeto litigioso, observou que o mérito dos recursos pode ou não coincidir com o mérito do processo.

“O mérito da apelação pode coincidir ou não com o da causa. Se a sentença houver julgado o mérito e dela se apela postulando julgamento de mérito em sentido inverso, então há a coincidência; se o recurso visar apenas à anulação da sentença, o seu mérito será a pretensão a essa sanção e não coincidirá com o mérito da causa” (DINAMARCO, 1986, p. 34).

Acrescentamos que há recursos contra o julgamento de objetos litigiosos secundário cujo próprio objeto litigioso não coincide com o da decisão recorrida. Contra a decisão que indefere uma ordem de exibição de documento, a parte pode agravar, pedindo a nulificação desse provimento interlocutório, alegando haver violação do dever de fundamentar. A decisão recorrida apreciou um pedido de exibição de um documento (pedido mediato), por meio de um provimento mandamental (pedido imediato), com base na sua relevância para solucionar ponto controvertido de fato (causa de pedir remota) e em seu direito de provar (causa de pedir próxima). O recurso veicula um pedido de prolação de decisão fundamentada pelo juízo recorrido (pedido mediato), por meio de um provimento constitutivo negativo (pedido imediato), com base no conteúdo insuficiente da fundamentação da decisão (causa de pedir remota) e em seu direito a decisões fundamentadas (causa de pedir próxima). É a tradicional distinção entre *error in iudicando* e *error in procedendo*: na apreciação da alegação do primeiro tipo de vício, o objeto do recurso coincide com o da decisão recorrida; na alegação do segundo tipo de vício, não. Reconheceu-o Barbosa Moreira:

“Cumprir distinguir: de um lado, os casos de desprovimento e os de provimento que se traduzem em reforma da decisão impugnada (error in iudicando); de outro, o de provimento com anulação desta (error in procedendo). Nos primeiros, o objeto do juízo de mérito, no procedimento recursal, coincide com o objeto do juízo no grau inferior” (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 265-266).

Como consequência, o autor teve também reconhecer que a decisão que dá provimento ao recurso com fundamento em *error in procedendo* não tem efeito substitutivo:

“Ora, não podendo subsistir duas decisões com o mesmo objeto, o julgamento proferido pelo órgão ad quem necessariamente substitui a decisão recorrida, nos limites da impugnação — ou, em termos mais exatos, nos limites em que dela conheceu o tribunal do recurso (...). Quando se dá provimento ao recurso para anular a decisão impugnada, por error in procedendo, o julgamento proferido pelo órgão ad quem não coincide, no objeto, com o do órgão a quo, nem, por conseguinte, o substitui: limita-se a cassá-lo, para que posteriormente se profira, no grau inferior, nova decisão” (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 266).

Embora isso não seja essencial, em razão do postulado *iura novit curia*, para a identificação do objeto litigioso, a causa de pedir próxima da demanda recursal por *error in procedendo* é sempre um direito subjetivo processual.

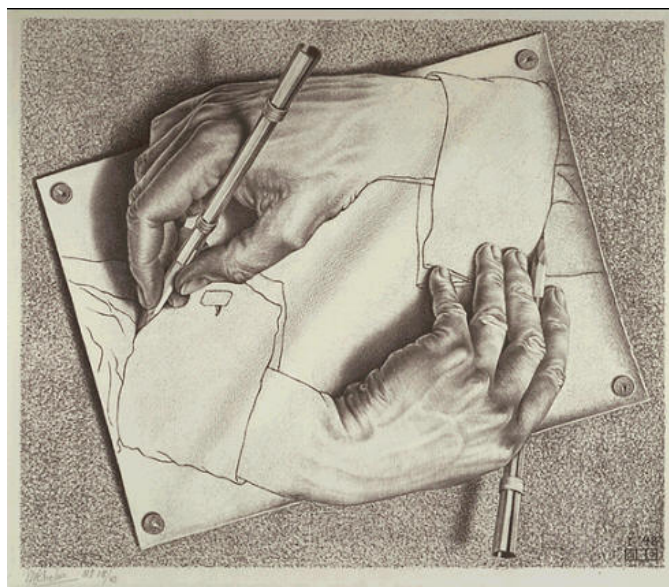
A decisão que reconhece vício em procedimento e dá provimento ao recurso reconhece que a decisão recorrida violou direito subjetivo processual do recorrente. E o julgamento do recurso por *error in procedendo* é, necessariamente, a primeira manifestação da jurisdição sobre a alegação de lesão desse direito processual. Se a decisão recorrida era já pronunciamento sobre alegação de lesão a direito processual, então ou o recurso será por *error in iudicando* ou, sendo por *error in procedendo*, será alegação de lesão a outro direito processual violado justamente no julgamento da lesão ao primeiro.

O direito ao contraditório, à fundamentação das decisões, ao procedimento adequado, a produzir as provas necessárias para influenciar efetivamente o juízo são, como vimos, direitos subjetivos processuais da parte em relação ao Estado-juiz, e desdobramentos da garantia do acesso à justiça em sua dimensão analítica. Por outro lado, como os direitos subjetivos processuais também podem ser violados, a norma constitucional atribuível ao art. 5º, XXXV, também impede afastá-los da apreciação do poder judiciário.

Isto é: o direito constitucional de acesso à justiça é complexo e contém vários desdobramentos necessários, que se consubstanciam num feixe de direitos

subjetivos processuais. Paradoxalmente, também é necessário acesso à justiça para defender esses desdobramentos. Como a mão que desenha a si própria da litogravura de Escher, o acesso à justiça garante-se a si mesmo e precisa de si mesmo para garantir-se.

Figura 1 – “Drawing Hands”, litogravura de M. C. Escher



(Fonte: página de M. C. Escher na internet²⁰⁸)

Agora temos condições de oferecer uma resposta intermediária para a pergunta acerca da existência um direito constitucional ao duplo grau de jurisdição (ou um direito constitucional de recorrer). A resposta, em rigor, é não. Sucede que o recurso é o instrumento processual usual para se pleitear a tutela dos direitos subjetivos processuais violados pela própria atividade jurisdicional. E a apreciação da alegação de violação a esses direitos está albergada pela garantia do acesso à justiça.

Não é possível, por essa razão, dar uma resposta unitária ao problema que desconsidere o objeto do recurso. Os recursos por *error in iudicando* não têm guarida constitucional. No caso dos *errores in procedendo* (como qualquer violação de direito), a Constituição impõe a criação de um instrumento processual, preferencialmente mas não necessariamente recursal, apto a impugná-los.

²⁰⁸ Disponível em <<https://www.mcescher.com/gallery/back-in-holland/drawing-hands/>>. Acesso em 8 de julho de 2019.

2.3. A DECRETAÇÃO DE NULIDADE COMO FORMA DE TUTELA REPRESSIVA E ESPECÍFICA DO DIREITO SUBJETIVO PROCESSUAL: ESBOÇO DE UMA *OUTRA* TEORIA DAS NULIDADES

Sem pretensão de esgotar o tema, a visão relacional do processo defendida neste trabalho permite tecer algumas notas sobre o regime jurídico das nulidades processuais.

De um modo geral, entende-se que a nulidade é o vício de forma do ato processual ou um efeito desse vício de forma²⁰⁹. Não há, no processo, nulidades que operem de pleno direito — a nulidade processual precisa ser sempre decretada. Dois princípios excepcionam a decretação de nulidades: (i) não há nulidade se o ato, sem embargo do desrespeito da forma, atingir sua finalidade (princípio da instrumentalidade das formas), e (ii) não há nulidade de não houver prejuízo para uma das partes (*pas de nullité sans grief*)²¹⁰. O regime das nulidades depende, pois, da determinação dos conceitos de “finalidade” e “prejuízo”. Para Teresa Arruda Alvim, o prejuízo consiste em sonegar ao litigante “*caminhos e oportunidades para que ele possa demonstrar (tentar demonstrar) que tem direito*”²¹¹. “*Há substancial equivalência entre as duas fórmulas (consecução do escopo, art. 244 [277 do CPC vigente], e pas de nullité sans grief, art. 249, § 1º [art. 283, parágrafo único, do CPC vigente])*”²¹². Também Calmon de Passos reconhece a impossibilidade prática de distinção entre os dois princípios:

“Não nos foi possível, por outro lado, encontrar um só exemplo prático, em centenas de decisões examinadas, que nos autorizasse a distinguir prejuízo e inatingibilidade do fim. Sempre que se afirma o prejuízo, o fim do ato deixou de ser atingido. Sempre que se declara a inatingibilidade do fim, se constata o prejuízo. Em verdade, o nosso código de processo civil filiou-se ao sistema da finalidade da lei, somente permitindo a decretação da nulidade quando a imperfeição conduza a inatingibilidade dos objetivos que a que o ato se destinava” (CALMON DE PASSOS, 2009, p. 133).

²⁰⁹ Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. v. 1. p. 212; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 167 e ss;

²¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 168-170.

²¹¹ *Idem*. p. 170.

²¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. p. 330.

Como a finalidade da forma é oferecer garantia ao litigante contra o arbítrio judicial²¹³, preferimos, em coerência com os pressupostos deste trabalho, dizer que a nulidade é técnica processual de tutela do direito subjetivo processual. Isto é: nulidade é o provimento jurisdicional desconstitutivo com a finalidade a de conferir tutela ao direito subjetivo processual. A nulidade não está no ato, não é defeito do ato: é meio de tutelar o direito. O ato nulificado é apenas o fato jurídico lesivo ao direito tutelado.

O ato com vício de forma *pode* lesionar direito subjetivo processual. O provimento jurisdicional não é condição da nulidade; a nulidade *é* o provimento²¹⁴. Se não existe nulidade alheia ao pronunciamento do magistrado²¹⁵, não parece haver utilidade em distinguir entre ela e a eficácia da decisão que a constitui.

O vício de forma é fato. Na demanda que pleiteia a nulidade, é causa de pedir remota. A causa de pedir próxima é o direito subjetivo processual. O pedido mediato é o ato sem o vício, e o pedido imediato é a nulidade. O *prejuízo* é, pois, a lesão ao direito subjetivo processual que a forma prestava a garantir — se não houver lesão, não haverá nulidade.

²¹³ CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades*. p. 132.

²¹⁴ Calmon de Passos afirma que a nulidade não é o provimento jurisdicional, sem dar maiores esclarecimentos. Cf. CALMON DE PASSOS, J. J. *Op. Cit.* p. 139.

²¹⁵ Cf. CALMON DE PASSOS, J. J. *Op. Cit.* p. 128 e ss.

CAPÍTULO 3 — PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE TUTELA DOS DIREITOS PROCESSUAIS

3.1. ACESSO À JUSTIÇA COMO REGRA E COMO PRINCÍPIO

O ponto de partida das teorias ditas pós-positivistas da interpretação jurídica é a distinção entre texto e norma²¹⁶. Trata-se de distinguir entre texto e sentido normativo atribuído ao texto²¹⁷, ou entre significante e significado²¹⁸. O terceiro elemento relevante no plano semântico é o referente — o fato jurídico, cuja relação com o significante é intermediada pela hipótese normativa²¹⁹. A vagueza e ambiguidade próprias do texto normativo permitem seja-lhe atribuído, ao menos *prima facie*, mais de um significado²²⁰. — o que não significa que lhe possa ser atribuído qualquer significado²²¹.

Como as sociedades modernas se caracterizam, contudo, pelo dissenso conteudístico e pela pluralidade de valores e interesses concorrentes e conflitantes²²², o sistema jurídico deve assimilar os fatores externos seletivamente, segundo seus próprios critérios internos. Essa função seletiva cabe aos princípios: espécie normativa, e, portanto, estrutura interna do sistema jurídico:

“Os princípios constitucionais como norma no plano da observação de segunda ordem de casos a decidir e de normas de decisão apresentam, na cadeia argumentativa, uma maior capacidade de desenvolver a

²¹⁶ Cf. MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 187-213; GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 37 e ss. Em sentido contrário, fazendo ponderações sobre a confusão entre texto e norma que Müller e outros autores atribuem aos positivistas, cf. VESTING, Thomas. *Teoria do direito — uma introdução*. p. 220-230.

²¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. p. 50.

²¹⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. p. 2.

²¹⁹ *Idem*. p. 4. Aqui o autor observa que seu conceito de hipótese normativa aproxima-se do de “suporte fático abstrato”, de Pontes de Miranda.

²²⁰ ÁVILA, Humberto. *op. cit.* p. 50-51; NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. p. 6.

²²¹ Marcelo Neves enfatiza a incapacidade de generalização da produção de sentido estranha ao texto (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã* p. 210). Lênio Streck, com base em outros pressupostos, defende a inexistência de “cisão estrutural” entre texto e norma (STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*. p. 345).

²²² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. p. 127

heterorreferência. De certa maneira, eles sempre apontam para algo que já existiria fora do sistema jurídico (valores, princípios morais, interesses gerais, etc.). Mas essa formulação pode levar a equívocos, no sentido de negar a autonomia do sistema jurídico como característica do Estado constitucional. (...) Mas, vista dessa maneira, a questão implica uma postura que desconsidera a exigência funcional de autonomia do sistema jurídico em uma sociedade complexa. Os princípios jurídicos, sobretudo os constitucionais, têm uma tarefa de selecionar, do ponto de vista interno do direito, expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferência ou valores-identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos, assim como expectativas normativas atípicas as mais diversas, que circulam de forma conflituosa no ambiente ou contexto do sistema jurídico". (NEVES, 2012, p. 127-128)

Os princípios se caracterizam pela causalidade jurídica flexível e têm as regras como condição de aplicação, jamais podendo servir de critério definitivo de solução de caso e direcionar-se diretamente ao final do processo concretizador. Ao contrário, são estruturas reflexivas em relação às regras, que com elas se relacionam de forma circular, e que podem levar ao balizamento, à ampliação ou à restrição de seu conteúdo no processo de concretização²²³.

Mais de uma norma pode ser atribuída ao texto do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. A primeira é a regra segundo a qual deve ser expulsa da ordem jurídica toda norma infraconstitucional que impeça o acesso (em sentido formal) de alguém ao poder judiciário. Se o sentido do texto é, por exemplo, o de expungar do sistema a norma do art. 11 do Ato Institucional nº 5 de 1968, segundo o qual *“excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”*, então o texto é concretizado como regra. Nesse sentido, o legislador é destinatário da norma. No dizer de Maurício Antônio Tamer, apesar da confusão entre texto e norma:

“Assim, textualmente, se observa um comando constitucional expresso que limita o conteúdo de qualquer lei. Nenhum ato legal poderá conter dispositivo expresso ou de caráter implícito que exclua lesão ou ameaça a direito da apreciação pela função jurisdicional ”. (TAMER, 2012, p. 88)

²²³ Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. p. 131-141.

O poder judiciário também é destinatário da regra, que lhe atribui o dever de julgar as demandas que lhe forem apresentadas. No dizer de Artur César de Souza:

“O princípio de *acesso à jurisdição*, também denominado de *proteção jurídica através dos tribunais*, implica a *garantia de uma proteção eficaz*, razão pela qual ele engloba a exigência de uma *apreciação*, pelo juiz, de *matéria de fato e de direito*, objeto da *pretensão formulada pela parte*” (SOUZA, 2015, p. 100).

Outra norma, todavia, que se pode atribuir ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, é um princípio. Nesse sentido é possível falar em adequação e efetividade da tutela jurisdicional como conteúdo da norma. É esse o sentido que Nelson Nery Junior dá ao dispositivo quando advoga que, caso a tutela adequada ao direito do litigante seja medida urgente, o juiz poderá concedê-la independentemente de autorização legal — e mesmo diante de vedação²²⁴. A regra de decisão do caso concreto atribui ao juiz o dever de conceder medida urgente, mas essa alcança-se por meio de um processo concretizador que, tendo como dados de entrada o princípio, os fatos e eventuais regras que impeçam ou restrinjam as medidas urgentes, verificam sua adequação concreta à tutela do direito.

3.2. RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS E A MÁXIMA RESTRINGIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE RECORRER: UMA COLLATERAL ORDER DOCTRINE PARA O DIREITO BRASILEIRO?

O Código de Processo Civil de 2015 adotou um modelo de recorribilidade diferida das decisões interlocutórias. Aquelas que tiverem alguns dos conteúdos enumerados nos incisos do art. 1.015 são passíveis de agravo de instrumento. As demais devem ser impugnadas em apelação ou em contrarrazões de apelação. As demais devem ser impugnadas em apelação ou contrarrazões de apelação.

²²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. p. 210.

Após a promulgação do Código, instaurou-se um debate sobre se o rol seria *numerus clausus* ou *numerus apertus*²²⁵. No julgamento do tema de recurso especial repetitivo 988, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu ser o rol do art. 1.015 do CPC de “taxatividade mitigada”.

O direito dos Estados Unidos já solucionou semelhante questão sob a ótica constitucional. Em regra, no sistema recursal daquele país, vige a *finality rule*, segundo a qual só se pode apelar contra o pronunciamento final do juízo de primeiro grau²²⁶. Todavia, em 20 de junho de 1949 a Suprema Corte entendeu, no caso *Cohen vs Beneficial Loan Corp.*²²⁷, ser possível o *appeal* contra um provimento que não era final. A decisão apelada indeferia pedido da Beneficial Loan Corp. de que o demandante prestasse caução pelos custos do processo, com fundamento em lei estadual que impunha essa obrigação aos acionistas minoritários que demandassem a companhia. A Suprema Corte entendeu que o direito à caução era separável e colateral em relação ao direito que se discutia no mérito da ação e que o julgamento do *appeal* depois de encerrado o julgamento em primeiro grau seria inútil. Por isso, reconheceu, em *certiorari*, que aquela decisão seria apelável. Esse caso deu origem à chamada *colateral order doctrine*, segundo a qual, em circunstâncias semelhantes, em que for possível distinguir uma “ordem colateral”, seria possível o *interlocutory appeal*²²⁸.

De modo análogo, na ordem jurídica brasileira o conteúdo mínimo do sistema recursal civil imposto pela constituição é a garantia do recurso fundado em *error in procedendo*. No caso das decisões interlocutórias, deve-se admitir um recurso imediato sempre que (i) for possível distinguir o objeto do recurso do objeto da decisão recorrida — isto é, o recurso for fundado em *error in procedendo*; (ii) a recorribilidade diferida for inefetiva para combater o eventual *error in procedendo*. Note-se que na *colateral order doctrine* original o relevante era distinguir o objeto da decisão recorrida e o objeto do processo (mérito); para nós, o relevante é distinguir entre o objeto da decisão recorrida e o objeto do recurso.

²²⁵ Sobre o debate, cf. GONZALES, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. p. 364 e ss.

²²⁶ Cf. HAZARD JR., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American civil procedure*. p. 177 e ss.

²²⁷ A íntegra do caso está disponível na página da *Library of Congress* na internet: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep337/usrep337541/usrep337541.pdf>>. Acesso em 9 de julho de 2019.

²²⁸ Cf. HAZARD JR., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American civil procedure*. p. 187 e ss.; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Recursos no direito processual civil norte-americano*. p. 159 e ss.

3.3. “SLEIGHT OF HAND”: O TRUQUE DO DIREITO SUBJETIVO PROCESSUAL QUE DESAPARECE: O PROBLEMA DO DUPLO RECURSO E O EFEITO DEVOLUTIVO DAS CONTRARRAZÕES

Sleight of hand é o nome que se dá à habilidade manual dos prestigitadores com que produzem a ilusão de fazer aparecer e desaparecer objetos, bem como lhes permite realizar certos truques com cartas. Há certa situação-tipo processual, que pode ocorrer na dupla reforma de uma sentença pelo julgamento de dois sucessivos recursos, em que o direito subjetivo processual parece desaparecer em um truque de prestidigitação.

O art. 282, § 2º, do CPC determina que não se pronuncia a nulidade quando for possível julgar o mérito em favor da parte a quem ela aproveitaria. Pode, pois, suceder o seguinte: num litígio entre A e B, a sentença julga integralmente em favor de A. B apela ao tribunal alegando *error in procedendo* e *error in iudicando*. O tribunal reconhece os dois vícios na sentença, mas, em razão da norma atribuível ao art. 282, § 2º, reforma a sentença em vez de nulifica-la. A, vitorioso, não tem interesse para interpor recurso especial. B interpõe recurso especial alegando *error in iudicando*. O STJ dá provimento ao recurso especial de B, substituindo o acórdão e julgando em seu favor. Ora, o direito subjetivo processual cuja lesão foi reconhecida pelo tribunal de segundo grau ficou sem tutela, violando o art. 5º, XXXV, da Constituição.

A solução que sugerimos como constitucionalmente adequada é a seguinte. Em determinadas situações, o oferecimento de contrarrazões produz efeito devolutivo típico de recurso. É o caso do art. 1.009, § 1º, do CPC. Aplicando a norma princiológica atribuível ao art. 5º, XXXV, é possível ampliar o escopo da regra para atribuir efeito devolutivo às contrarrazões de recurso especial na situação descrita. É a solução compatível com o direito fundamental de acesso à justiça

CONCLUSÃO

A conclusão, sucinta, é que a garantia do acesso à justiça não pode excluir os direitos subjetivos processuais. Ainda: o conceito de direito subjetivo processual é

dotado de capacidade explicativa dos fenômenos do processo e permite um aproveitamento diálogo entre o direito processual civil e o direito constitucional.

De modo mais específico, por violar a garantia do acesso à justiça, o legislador infraconstitucional não pode sonegar às partes o direito de recorrer por *error in procedendo*.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2003.

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. ed. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ÁVILA, Humberto. A doutrina e o direito tributário. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do direito tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. *Teoria dos princípios*. ed. 17. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 476-565). Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BEISER, Frederick C. *Enlightenment, revolution and romanticism: the genesis of modern german political thought, 1790-1800*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

BERLIN, Isaiah. *Vico and Herder: two studies on the history of ideas*. Londres: Chatto & Windus, 1976.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1962.

CALMON DE PASSOS, J. J. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. In: CALMON DE PASSOS, J. J. *Ensaios e artigos*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 45-57.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARPEAUX, Otto Maria. *História da literatura ocidental*. 4 volumes. São Paulo: Leya, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário — fundamentos jurídicos da incidência*. (versão .epub) 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. Princeton: Princeton University Press, 1951.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madri: Editorial Reus, 1922.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.

DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2009.

DEUTSCHER, Guy. *Through the language glass — why the world looks different in other languages*. Nova York: Metropolitan Books, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. ed. 15. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. 1. ed. 20. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*. São Paulo

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Execução civil*. ed. 8. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. ed. 7. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. São Paulo, v. 34, 1984, p. 20-46.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2001.

ESCHER, M.C. *Drawing hands*. Litogravura. Disponível em <https://www.mcescher.com/gallery/back-in-holland/drawing-hands/>. Acesso em 8 de julho de 2019.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GADAMER, Hans Georg. *Truth and method*. 2. ed. Nova York: Continuum, 2004.

GLADSTONE, William A. *Studies on Homer and the homeric age*. v. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

GONZALES, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros. *Por que tenho medos dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. O direito posto e o direito pressuposto. In: *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. Nota sobre os conceitos jurídicos. In: *Doutrinas essenciais de direito civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria analítica del derecho*. Lima: Zela, 2017.

HABERMAS, Jurgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HAZARD JR., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American civil procedure*. New Haven: Yale University Press, 1993.

HEGEL, G. W. F.. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERDER, Johann Gottfried. *Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité*. 2 tomos. Paris: Chez F. G. Levrault, 1827.

_____. *Philosophical writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. *Another philosophy of history and selected political writings*. Indianapolis: Hackett, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Nova York: Oxford University Press, 1996

HOBBSBAWN, Eric J. *A revolução francesa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1996.

ISRAEL, Jonathan. *A revolution of the mind: radical enlightenment and the intellectual origins of modern democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. Não crêem na teoria geral do processo, mas ela existe. *Consultor Jurídico*. Disponível em <conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>. Acesso em 26 de junho de 2019.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

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

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. ed. 3. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal — introdução crítica*. São Paulo: Saraiva,

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2006.

_____. *Introduction to social systems theory*. Boston: Polity Press, 2013.

LUNA-VINUEZA, David Ricardo. Savigny, Herder y la tensión entre particularismo y universalismo en la construcción de la ciencia jurídica. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, v. 43, p. 689-714, 2016.

MACIEL, Otávio Souza e Rocha Dias. *Elementos ontognoseológicos para uma teorização do direito: um roteiro de pesquisas*. Monografia de conclusão de curso. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. 2013.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Demanda e tutela jurisdicional*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 852, 2006, p. 11-37.

_____. *El doble grado de jurisdicción*. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-El-doble-grado-de-jurisdicci%C3%B3n-Luiz-Guilherme-Marinoni.pdf>>. Acesso em 7 de julho de 2019.

_____. *Tutela contra o ilícito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. ed. 3. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MCCMAHON, Darrin M. *Enemies of the enlightenment: the french counter-enlightenment and the making of modernity*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico — plano da existência*. 13. ed São Paulo: Saraiva, 2007

MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canonica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MOLLNAU, Karl. A. The contributions of Savigny to the theory of legislation. *The American Journal of Comparative Law*. Oxford: v. 37, p. 81-93, 1989.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Friedrich. Teses sobre a Estrutura das Normas Jurídicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 929, mar. 2013., p. 193-209.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. ed. 3 Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Teoria estruturante do direito*. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*. ed. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006.

_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Jorge Amaury Maia. NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Processo e procedimento*. São Paulo: Migalhas, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 137-167.

OVÍDIO, Públio Naso. *Metamorfoses*. Tradução de Manuel Bocage. Porto Alegre: Concreta, 2016.

PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Milão: Dott. A. Giuffré, 1964.

POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins Costa *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *Tratado das ações*. Tomo I. ed. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1973]. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1978.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2001.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Universidad Carlos III De Madrid, 2015.

_____. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução para o espanhol de Jacinto Mesía e Manuel Oley. 6 tomos. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Ovídio Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. ed. 2 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. 1. ed. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA, Artur César de. *Das normas fundamentais do processo civil — uma análise luso-brasileira contemporânea*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem facticidade: uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v; 9, 2018, p. 177-202.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias. In: *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 585-616.

TAMER, Maurício Antônio. *O princípio da inafastabilidade da jurisdição*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017

TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 30, 2000, p. 177-186.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 3. ed. 51. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOLENTINO, Bruno. *A imitação do amanhecer*. São Paulo: Globo, 2006.

TROTTA, Wellington. O pensamento político de Hegel à luz de sua filosofia do direito. *Revista De Sociologia E Política*. Curitiba, v. 17, fev. 2009, p. 9-31.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1977.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. ed. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902.

VESTING, Thomas. *Teoria do direito — uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. Cabimento de agravo: uma questão constitucional. *Carta Forense*. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/cabimento-do-agravo-de-instrumento-um-tema-constitucional/18279>>. Acesso em 6 de julho de 2019.