



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

## RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL, BILATERALIDADE E PENSAMENTO CONCEITUAL NO DIREITO

PROCEDURAL RELATIONSHIP, BILATERALITY AND  
CONCEPTUAL THINKING IN LAW

João Pedro de Souza Mello<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho visa a defender o conceito de relação jurídica processual como dogmaticamente adequado a explicar os fenômenos processuais e ideologicamente alinhado com o Estado Constitucional. Para isso, demonstra a inevitabilidade da noção de bilateralidade e do pensamento conceitual no direito moderno. O trabalho esclarece também a metodologia de um conceptualismo adequado à historicidade do direito. Mostra, por fim, que os críticos da relação processual não foram capazes de oferecer alternativas a seus pressupostos filosóficos

**Palavras-chave:** relação jurídica; teoria geral do processo; filosofia do direito.

**Abstract:** The present essay aims to advocate that the concept of procedural relationship is appropriate, in terms of legal dogmatics, to the explanation of procedural phenomena and also aligned, in its ideology, to the Constitutional State. In this regard, it demonstrates the inevitability of the notion of bilaterality and of conceptual thinking in modern law. It also

<sup>1</sup> Bachelor's degree in Law from the University of Brasília, in Brazil. Lawyer in Brasília, Brazil.

elucidates the methodology of a conceptualism which is suitable to the historicity of law. It also shows that the critics of the procedural relationship had not been capable of offering alternatives to its philosophical assumptions

**Keywords:** legal relationship; general theory of legal procedure; philosophy of law.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O fracasso do projeto anti-racionalista de Savigny – 3. A inevitabilidade do pensamento conceitual no direito – 4. A relação jurídica como espaço contextual e como conceito jurídico – 5. A relação jurídica processual no Estado Constitucional – 6. Conclusões – 7. Referências.

**Summary:** 1. Introduction - 2. The failure of Savigny's anti-rationalist project - 3. The inevitability of conceptual thinking in law - 4. Procedural relationship as a contextual space - 5. The procedural relationship in the Constitutional State 6. Conclusions- 8. References.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo é uma defesa do conceito de relação jurídica de direito processual. Por extensão, é uma defesa de duas noções inescapáveis do direito moderno: o pensamento conceitual e a bilateralidade. Isso porque a crítica à relação jurídica processual costuma representar, de forma implícita ou explícita, uma revolta contra o raciocínio conceitual em geral ou uma incompreensão do papel da bilateralidade como noção estrutural do direito moderno. As críticas ideológicas de Alvaro de Oliveira, Mitidiero e Marinoni ao conceito de relação jurídica processual, abordadas na última parte deste artigo, poder-se-iam dirigir a qualquer conceito jurídico abstrato. Assim, para respondê-las, é preciso demonstrar a função que desempenham os conceitos no pensamento jurídico e abrir divergências filosóficas mais profundas. Em outras palavras, para defender o conceito de relação processual é preciso primeiro defender o conceito. Para isso, analisam-se as influências do romantismo alemão, sobretudo de Herder, sobre o pensamento de Savigny — esse que foi o primeiro formulador da ideia de relação jurídica e ao mesmo tempo um opositor do racionalismo francês. De modo diferente do que entenderam alguns autores (sobre a incompreensão de Ovídio Baptista da Silva sobre a obra de Savigny, ver nota 54), o Sistema de Savigny foi a tentativa de estabelecer os nexos entre os institutos jurídicos, orgânicos e não lógicos, presentes no espírito do povo. A articulação conceitual que acabou obtendo como resultado representa a irrealizabilidade do anti-racionalismo e a inevitabilidade do pensamento conceitual no direito.

A historicidade do fenômeno jurídico, todavia, como argumentou Hegel, não é incompatível com a racionalidade. Assim, na segunda parte do artigo, procura-se estabelecer uma teoria do pensamento conceitual que dê conta da historicidade e organicidade do direito, diversa da defendida por racionalistas como Hobbes e iluministas como Montesquieu.

Em seguida, busca-se articular a necessidade de raciocínio conceitual com a ideia de bilateralidade que, ao contrário do que ocorria na antiguidade, é fundamental para

o direito moderno. Argumenta-se que os conceitos ganham sentido à medida que se aproximam do caso concreto, que se apresenta na discussão sobre uma específica relação jurídica. Em apoio desse raciocínio, encontram-se pontos comuns entre autores de diferentes linhas metodológicas. A título de exemplo, são exploradas as vicissitudes do raciocínio conceitual na prática do Superior Tribunal de Justiça, analisando-se a jurisprudência sobre a subsunção do conceito de honorários advocatícios ao de verba alimentar. Além disso, essa articulação acontece pelo estabelecimento do conceito dogmático de relação jurídica.

Com esses pressupostos, apresentam-se, por fim, objeções às mencionadas críticas ao conceito de relação jurídica processual, bem como a outras, de ordem mais dogmática, formuladas pelos mesmos autores seguindo a tradição de Fazzalari e Picardi. Objetiva-se demonstrar que a relação jurídica processual é um conceito não só inescapável como adequado, embora não exaustivo, para descrever o processo no Estado Constitucional, do ponto de vista dogmático, metodológico e ideológico

## 2. O FRACASSO DO PROJETO ANTI-RACIONALISTA DE SAVIGNY

A primeira formulação clara da ideia de relação jurídica deve-se a Savigny<sup>2</sup>, para quem a forma lógica de que se precisa valer a jurisdição para reconhecer um direito em sentido subjetivo é apenas uma sua necessidade acidental<sup>3</sup>, a qual supõe essa realidade mais profunda e orgânica que é a relação jurídica<sup>4</sup>. 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.<sup>5</sup> 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 jurídica<sup>6</sup>. 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*”<sup>7</sup>, 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 jurídico<sup>8</sup>, à qual se liga, por exemplo, Ovídio Baptista da Silva:

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

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

4 *Idem*. p. 26.

5 Cf. *Idem*. p. 223-224.

6 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. P. 223-224

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. p. 199

8 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

*“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).<sup>9</sup>

Para Savigny, o direito positivo está na consciência comum do povo<sup>10</sup> — não como conjunto de regras abstratas, mas como realidade cuja forma lógica só aparecerá quando houver necessidade<sup>11</sup>. O costume é o signo pelo qual se exterioriza e se reconhece o direito<sup>12</sup>. Entre duas pessoas, a relação jurídica estabelece os limites do domínio sobre o qual reina a vontade de cada uma<sup>13</sup>. *“Uma relação sujeita à disciplina imposta pela norma jurídica, inicialmente costumeira, e, mais tarde, legislativa”*<sup>14</sup>. 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”*<sup>15</sup>. O instituto jurídico está no espírito nacional e pode sobreviver mesmo ao desaparecimento de sua forma<sup>16</sup>. Esse pensamento reflete a influência de Herder

---

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.

9 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).

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

11 *Idem*. p. 30

12 *Idem*. p. 41.

13 *Idem*. p. 30

14 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 1. p. 43-46).

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

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

sobre Savigny<sup>17</sup>, “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”<sup>18</sup>. Essa influência é tão marcante<sup>19</sup> que não se pode compreender Savigny, e por extensão a noção original de de relação jurídica, sem alguns apontamentos sobre o pensamento filosófico de Herder.

Para Herder, o que é espírito (*geist*) não pode ser descrito ou ilustrado<sup>20</sup>; o *espírito do tempo (zeitgeist)* é, pois, uma soma de pensamentos, disposições, desafios e forças em determinados tempo e lugar — elementos que não se podem ver, mas que, como o direito de Savigny, se revelam em suas manifestações exteriores<sup>21</sup>. 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*”<sup>22</sup> <sup>23</sup>. Os sentidos nada ensinam, mas apenas permitem — assim como a forma ereta do homem permite a fala e, conseqüentemente, a linguagem<sup>24</sup>. O pensamento, por meio do qual a alma representa para si mesma uma coisa exterior, é entidade distinta da coisa representada<sup>25</sup> — e, por essa razão, a alma pode reviver a coisa quando ela não mais existe<sup>26</sup>. A alma é, por conseguinte,

17 Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 407; CARPEAUX, Otto Maria. *História da literatura ocidental*. V. 3. p. 1483.

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

19 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).

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

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

22 *Idem*. p. 275.

23 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 *Odisséia*, 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 reconhece o próprio Deutscher, guarda certa afinidade com as ideias de Herder (*idem*. p. 3).

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

25 *Idem*. p. 273.

26 *Idem*. p. 274.

imaterial<sup>27</sup>; ela faz uso dos sentidos, como instrumento, e usa-os tanto melhor quanto mais se nutre de ideias<sup>28</sup>: 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<sup>29 30</sup>. Uma nação, todavia, não pode ter ideias para as quais sua língua não tem palavras<sup>31</sup> — e a língua traz impressos o pensamento e o caráter de seu povo<sup>32</sup>. O pluralismo, como o chama Isaiah Berlin, é uma característica do pensamento de Herder<sup>33</sup>: 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 universais<sup>34</sup>. 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”<sup>35</sup>. Cada civilização deve ser compreendida em termos de seu próprio desenvolvimento, suas próprias perspectivas e seus próprios propósitos<sup>36</sup>. Com efeito, a língua é criação espontânea de um povo, ligada à tradição e à crença na palavra dos pais<sup>37</sup>.

*“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 direito<sup>38</sup>. Os dois estão ligados por uma desconfiança contra a

27 *Ibidem*.

28 *Idem*. p. 276

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

30 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).

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

32 *Idem*. p. 169.

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

34 *Ibidem*.

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

36 BERLIN, Isaiah. *Op. Cit.* p. 174.

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

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

razão, e pelas noções de povo e de consciência popular<sup>39</sup>. Savigny chega a afirmar explicitamente que o direito surge ao modo da linguagem<sup>40</sup>, conferindo-lhe, desse modo, uma natureza que se liga à própria existência de um povo enquanto tal<sup>41</sup>. Ele é, como Herder, um adversário da ilustração francesa<sup>42</sup>. Os dois fazem parte de um romantismo alemão historicista, relativista, vitalista, orgânico e irracional, contra um iluminismo francês racionalista, universalista e a-histórico<sup>43</sup>. 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 tirania<sup>44</sup>. 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 pregadores<sup>45</sup>.

Esse *siècle des lumières* conheceu formidável avanço das ciências naturais e da geometria<sup>46</sup>; o pensamento do século XVIII é permeado pela ideia de progresso do conhecimento<sup>47</sup> e pela de *razão*. A razão é o ponto central do pensamento da época: é tudo o que ela busca e tudo o que atinge<sup>48</sup>. Trata-se de uma razão que se acredita imutável e única através de todos os tempos, culturas e nações<sup>49</sup> — uma razão que para o Iluminismo é mais antiga e verdadeira que as os preconceitos e opiniões que a obscureceram pelos séculos<sup>50</sup>. 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 espírito<sup>51</sup>. 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*”<sup>52</sup>. Para esse Montesquieu, que no passado fora

39 LUNA-VINUEZA, David Ricardo. *Savigny, Herder y la tensión entre particularismo y universalismo en la construcción de la ciencia jurídica*. p. 699.

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

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

42 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).

43 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*.

44 Cf. HOBBSBAWN, Eric. J. *A revolução francesa*. p. 21.

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

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

47 *Idem*. p. 5.

48 *Ibidem*.

49 *Idem*. p. 6.

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

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

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

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”<sup>53</sup>. 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<sup>54 55</sup>.

Esse jursercionalismo tem sua raiz sobretudo no pensamento de Thomas Hobbes<sup>56</sup>. 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

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

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

55 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 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 acidental. 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 condictio 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.

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



cálculo humano; a máquina do Estado funciona ou não funciona, se funciona produz segurança<sup>57</sup>: e a segurança é ideia central na doutrina hobbesiana<sup>58</sup>. “*Hobbes, sem saber, abriu claramente a via de uma ‘positivação’ racional do poder*”<sup>59</sup>. Seu racionalismo é de espécie voluntarista<sup>60</sup>, mas sua epistemologia coincide com a dos demais filósofos racionalistas<sup>61</sup>. 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 soberano<sup>62</sup>. Se o aplicador se desviar da autêntica aplicação do direito, aquela que corresponde à vontade do soberano, então o aplicador se torna legislador<sup>63</sup>. Os iluministas dos setecentos, embora raramente aceitassem sem reservas a doutrina política de Hobbes, foram largamente influenciados por esse modo de pensar<sup>64</sup>. Wieacker observou que, embora o jusracionalismo e o iluminismo não sejam o mesmo fenômeno, estão intimamente relacionados<sup>65</sup>. Ambos convergem numa forma de conceptualismo que nega o individual e afirma o geral<sup>66</sup>.

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 direito<sup>67</sup> — 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 nexo 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 objeto é para si mesmo racional*”<sup>68 69</sup>. O direito só se define para a consciência

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

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

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

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

61 SILVA, Ovídio Baptista A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. p. 113.

62 *Ibidem*.

63 “*(...) 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*”. (HOBBES, Thomas. *Leviathan*. p. 182-183).

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

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

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

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

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

69 Que o presente trabalho se sirva de alguns *insights* hegelianos para abordar o problema do pensamento conceitual no direito não significa, naturalmente, que assuma quaisquer compromissos teóricos com a doutrina

por intermediação do pensamento<sup>70 71</sup>. 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 explicado<sup>72</sup>, 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 conceitual<sup>73</sup>. *“O que estrutura o sistema não é, pois, o nexa «orgânico» dos institutos, mas o nexa lógico dos conceitos (gerais abstractos)”*<sup>74</sup>.

### 3. A INEVITABILIDADE DO PENSAMENTO CONCEITUAL NO DIREITO

O fracasso do projeto de Savigny<sup>75</sup> 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”*<sup>76</sup>. 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 irracional<sup>77</sup>.

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

---

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).

70 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.

71 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.

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

73 *Idem*. p. 19.

74 *Idem*. p. 15.

75 *Idem*

76 HEGEL, G. F. *Princípios de filosofia do direito*. p. 185.

77 SILVA, Ovidio Baptista A. da. *Processo e ideologia*. p. 290.

tomada de decisão<sup>78</sup>. As ciências têm sobretudo objeto, as tecnologias têm sobretudo *problemas*<sup>79</sup> — e o problema central da dogmática jurídica é a decidibilidade dos conflitos<sup>80</sup> “os enunciados que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões”<sup>81</sup>.

A dogmática analítica busca estabelecer critérios de decidibilidade, efetuando operações de classificação, divisão e subdivisão, utilizando procedimentos lógicos de ligação e diferenciação<sup>82</sup>. 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<sup>83 84</sup>.

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 gerais<sup>85</sup>. Ou, na síntese de Inocêncio Mártires Coelho, “*todo conceito surge pela igualação do não igual*”<sup>86</sup>. Quanto menos conteúdo tiver o conceito, portanto, maior quantidade de conceitos e seres pode subsumir, e vice-versa<sup>87</sup>. A seleção das propriedades que forma o conceito dá-se segundo a finalidade da ciência à qual o conceito pertence<sup>88</sup>. Daí a ideia de *fato jurídico*: a maior

78 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).

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

80 *Ibidem*.

81 *Idem*. p. 89.

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

83 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)*.

84 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).

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

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

87 LARENZ, Karl. *Op. Cit. Loc. Cit.*

88 As propriedades do conceito zoológico de animal permitem subsumi-lo ao de ser-vivo, ao passo que os juristas poderão subsumi-lo ao de *coisa móvel* — o que não faria sentido para o zoológico. 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.

parte dos fatos do mundo não interessa ao direito, apenas aqueles que se subsomem ao “suporte fático hipotético” da regra jurídica<sup>89</sup>. Ou, no sarcasmo de Laércio Becker, “a categoria ‘fato jurídico’ é utilizada pelo direito legislador para escolher as situações fáticas que pretende tutelar (em termos de direito material e processual) e as que pretende larga às moscas”<sup>90</sup>. 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 aplicabilidade<sup>91</sup>. 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 complexo<sup>92</sup>. 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 fenômenos da vida que apresentam as notas distintivas do conceito”.* (LARENZ, 1997, p. 626)<sup>93</sup>.

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

90 BECKER, Laércio. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. p. 116

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

92 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 consequentemente 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).

93 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 propriedade<sup>94</sup> — 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).

É o mesmo Eros Grau quem aponta as relações entre conceito jurídico e linguagem jurídica. Para ele, toda linguagem é um sistema convencional de símbolos<sup>95</sup>. As pessoas podem se valer de muitos termos para designar os conceitos, mas o conceito referido é igual para todos<sup>96</sup>. Pode-se dizer “obrigação *propter rem*” ou “obrigação ambulatória” referindo o mesmo conceito. “A linguagem jurídica é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa”<sup>97</sup>. O termo é o signo linguístico do conceito<sup>98</sup>, 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 social<sup>99</sup>. 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 grau<sup>100</sup>.

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<sup>101 102</sup>. A duas, porque a operação lógica de aplicação

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

95 GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes*. p. 140.

96 *Idem*. p. 142.

97 *Idem*. p. 143.

98 *Idem*. p. 146.

99 GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes*. p. 147.

100 *Idem*. p. 148-150.

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

102 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

do direito não é sempre de subsunção, mas frequentemente de *concretização*<sup>103</sup>. A três, e como consequência da afirmação anterior, porque os conceitos só têm sentido relacional — isto é, no contexto uma específica relação jurídica<sup>104</sup>. Por isso, em um plano de significado, relação jurídica é conceito jurídico<sup>105</sup>; em outro, é espaço contextual que permite a atribuição de sentido a outros conceitos.

#### 4. RELAÇÃO JURÍDICA COMO ESPAÇO CONTEXTUAL E COMO CONCEITO JURÍDICO

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 moral<sup>106</sup>. 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

---

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 juízes*. p. 32-33).

103 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).

104 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).

105 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.

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

à observância dos demais<sup>107</sup>. Esse poder só tem sentido frente a outro contra quem o seja possível impor<sup>108</sup>. Essa nova compreensão teve para o direito consequências como a “pessoalização do direito real”<sup>109</sup>. Só há direito entre pessoas: até o direito sobre a coisa é intersubjetivo, é relação jurídica na qual a coisa não figura senão como objeto<sup>110</sup>. 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 subsomem os fatos<sup>111</sup>. 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 fatos<sup>112</sup>.

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.<sup>113</sup> 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 direito<sup>114</sup>, 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 difuso<sup>115</sup>. Se essa crítica é

107 *Idem*. p. 138.

108 *Idem*. p. 139.

109 *Idem*. p. 140.

110 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.

111 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.

112 “*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*.

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

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

115 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 247-248.

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 distintas 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 outros cada vez mais adequados à relação jurídica específica<sup>116</sup>, 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, portanto, 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 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”<sup>117</sup>, 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*

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

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



*que se dará o sentido, que é único, irrepetível*<sup>118</sup>, em 2018 o ministro Antônio Carlos Ferreira proferiu decisão monocrática no sentido de que, embora reconhecendo que normalmente o conceito de honorários advocatícios se subsome ao de verba alimentar para o fim de elidir as impenhorabilidades, no caso de pedido de penhora de FGTS isso não seria possível<sup>119</sup>. O STJ também não tem admitido a penhora de bem de família para satisfação de crédito de honorários advocatícios<sup>120</sup>.

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 uma vez, em determinar se, nessa específica relação, é possível subsumir o conceito de honorários advocatícios ao de alimentos<sup>121 122</sup>.

118 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 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 “litiscosortes 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”, “litiscosorte”, “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.

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

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

121 Responde positivamente para a possibilidade de utilização da prisão civil em alimentos que não são os típicos dos direito de família TALAMINI, Eduardo. *Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias*. 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.

122 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).

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”<sup>123</sup>!

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 situações concretas. Não obstante, ainda devem ser concretizados para alcançar o sentido do caso concreto. A esse respeito, ver ainda a nota 117.

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 eficácia, porém o fato jurídico em si pode já ser relação jurídica*”<sup>124</sup>. 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 jurídico<sup>125</sup>.

123 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).

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

125 *Idem*, § 41, 1.

De um ou outro modo, a relação jurídica poderá, por sua vez, estar no suporte fático de *outro* fato jurídico<sup>126</sup>. Por exemplo, a relação jurídica processual é puramente eficaz, mas está no suporte fático da litispendência<sup>127</sup>.

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)<sup>128</sup>: 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 subjetivo<sup>129</sup>. “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)”<sup>130</sup>.

## 5. 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 tribunal<sup>131</sup>. O processo, pois, é relação jurídica de direito público<sup>132</sup>. 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”<sup>133</sup>. 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 processual<sup>134</sup>. 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

126 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.

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

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

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

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

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

132 *Idem*. p. 2.

133 *Idem*. p. 2-3.

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

naturezas, que se destinam a oportunizá-las a fazer valer suas razões<sup>135</sup>. 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 processual<sup>136</sup>. O conteúdo mais importante da relação processual é o dever do órgão jurisdicional de solucionar as postulações das partes<sup>137</sup>. Não obstante outras tentativas de explicar a natureza jurídica do processo, a teoria da relação jurídica processual é dominante<sup>138</sup>.

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”<sup>139</sup>, acabou recorrendo a conceitos relacionais. “*O procedimento*”, diz Fazzalari, “*é uma série de faculdades, poderes, deveres (...)*”<sup>140</sup>, posições jurídicas subjetivas criadas por normas que, por sua vez, de organizam de forma que cada uma seja consequência da anterior e pressuposto da posterior<sup>141</sup>. O processo é o procedimento dialeticamente estruturado<sup>142</sup>. 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 totalidade<sup>143</sup>. No processo há relações jurídicas, mas o esquema relacional não é capaz de representar

---

135 *Ibidem*.

136 *Idem*. p. 109-110.

137 *Idem*. p. 110.

138 Di-lo SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. p. 357. Não interessa para este trabalho a querela acerca de se essa relação seria angular ou triangular — isto é, se há apenas relação autor-juiz e réu-juiz, ou se há também relação autor-réu.

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

140 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* p. 26.

141 *Idem*.

142 *Idem*. p. 30.

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

o fator tempo e o aspecto dinâmico do processo. Entre os processualistas brasileiros, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero formulam crítica semelhante<sup>144</sup>.

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 processual<sup>145</sup>.

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 constitucional<sup>146</sup>. 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*”<sup>147</sup>. 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 justiça<sup>148</sup>.

*“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*<sup>149</sup>, que seria tanto mais própria para representar a dinâmica processual quanto mais adequada para o processo do Estado constitucional.

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*<sup>150</sup>, 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*

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

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

146 *Idem*. p. 97-98.

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

148 *Idem*. p. 12-14.

149 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.

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

*relação jurídica de locação se extinga*<sup>151</sup>. 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 Degenkolb<sup>152</sup>, “*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 inseccionável*”: o sistema jurídico é um só, sua divisão em disciplinas tem finalidades meramente didáticas<sup>153</sup>.

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 procedimento, todavia, como qualquer conceito, é também abstrato — e contra ele dirigir-se-iam 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).

Larenz prossegue argumentando em favor da utilidade dos conceitos abstratos, sem embargo de seu esvaziamento de sentido. E, como já desenvolvido neste trabalho, os

151 *Idem*.

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

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

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”*<sup>154</sup> 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”*<sup>155</sup>.

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 jurídicos<sup>156</sup>; Calamandrei, a depender dos fenômenos que pretende explicar, trata o processo ora como sucessão de atos encadeados<sup>157</sup>, ora como relação processual<sup>158</sup>. 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”*<sup>159</sup>

Vejamos um exemplo. O clássico conceito de recurso de Barbosa Moreira, como *“remédio voluntário e idôneo apto a ensinar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”*<sup>160</sup> usa “processo” no sentido de “relação jurídica processual”. Basta ver o corolário *“bifurca-se*

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

155 *Idem*. p. 264.

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

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

158 *Idem*. p. 333 e ss.

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

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

*o procedimento, mas o processo permanece uno*<sup>161</sup> 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 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”.* (CINTRA-GRINOVER-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 passa<sup>162</sup>. 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”*<sup>163</sup>.

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”*<sup>164</sup> 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 alguém<sup>165</sup>. A questão da adequação do processo ao Estado constitucional é um

161 *Ibidem*.

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

163 *Idem*. p. 345.

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

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



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 é legítima: é preciso dizer também que o jurisdicionado tem direito ao contraditório, tem direito à decisão fundamentada. E só a visão relacional do processo é capaz de representar a *exigibilidade* dos direitos fundamentais em relação ao Estado-juíz. 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 partes<sup>166</sup>.

## 6. CONCLUSÕES

- 6.1. A ideia de relação jurídica foi introduzida no pensamento jurídico como nexó orgânico e não como conceito abstrato.
- 6.2. O esquema conceitual da relação jurídica surge justamente após o projeto organicista do romantismo se mostrar inalcançável.
- 6.3. O pensamento conceitual no direito é inevitável, mas o conceito não precisa ter pretensão de universalidade e nem negar sua historicidade, já que o conhecimento histórico também é racional
- 6.4. O conceito se forma pela “igualação do não igual”, por meio da seleção de propriedades comuns a vários entes. Quanto mais propriedades contiver, mais denso de conteúdo é o conceito e menos entes podem subsumir-se-lhe.
- 6.5. No processo de aplicação normativa, as normas e os conceitos de que se servem passam por um processo de concretização até a fixação da regra de decisão do caso concreto, sendo substituídos por outros progressivamente mais densos de conteúdo e adequados. O processo de concretização é compreensivo e não dedutivo.
- 6.6. A etapa final, de aplicação da regra de decisão ao caso concreto, contudo, é subsuntiva.
- 6.7. Como conceito jurídico, a relação jurídica é rarefeita de conteúdo mas encerra a noção fundamental de bilateralidade, fundamental para o pensamento jurídico moderno
- 6.8. A relação jurídica não se confunde com seu conteúdo, de direitos e deveres. Direitos e deveres podem nascer e se extinguir dentro da mesma relação jurídica.
- 6.9. A teoria da relação jurídica processual foi concebida por Bulow para suprir falha da doutrina de seu tempo, que era capaz de explicar o aspecto dinâmico do processo, mas lhe escapava sua unidade.

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

- 6.10. Como a bilateralidade é elemento fundamental do pensamento jurídico moderno, mesmo Fazzalari, o mais famoso crítico da relação jurídica processual, não conseguiu elaborar um conceito não-relacional para substituí-la.
- 6.11. Do ponto de vista dogmático, são infundadas as críticas no sentido de que a relação jurídica processual é um conceito inadequado porque incapaz de representar a dinâmica do processo. Em primeiro lugar, porque a categoria ponteana das relações multigeradoras explica esse aspecto dinâmico. Em segundo lugar, porque o papel da relação processual é justamente explicar a estabilidade da relação processual apesar de sua característica dinâmica mais evidente, como observaram Calamandrei e o próprio Bulow.
- 6.12. Apesar disso, o conceito de relação processual não está em concorrência com outros descritivos do processo. Como visto, os conceitos jurídicos são julgados segundo sua utilidade, não segundo sua verdade. Desse modo, pode-se utilizar ora o conceito de relação processual — como o fazem seus próprios críticos — e ora o conceito de procedimento, a depender de sua capacidade explicativa do fenômeno em questão. A ideia de que o processo pode ser ao mesmo tempo relação jurídica e procedimento é bem aceita pela doutrina, dos clássicos aos contemporâneos.
- 6.13. A crítica metodológica, de que o conceito de relação jurídica não serve ao direito processual porque conceito do direito privado, também não se sustenta. Como a noção de bilateralidade é fundamento do direito moderno, a relação jurídica é conceito da teoria geral do direito. Ademais, muitos conceitos do processo civil são tomados de empréstimo de outros ramos do direito.
- 6.14. A crítica ideológica, por fim, também merece objeção. A ideia de que o conceito de relação jurídica, por sua abstração, não é adequado ao Estado Constitucional poder-se-ia dirigir contra qualquer conceito, já que é próprio do conceito ser abstrato. No limite, portanto, é a revolta contra o pensamento conceitual que reconduz ao projeto irrealizável de Savigny e ignora a inevitabilidade do conceito. O problema de adequação ao Estado Constitucional é de conteúdo, não de forma, e esse conteúdo pode ser alcançado inclusive por meio do processo concretizador.
- 6.15. Por fim, o conceito de relação jurídica é por si ideologicamente adequado ao Estado Constitucional porque serve à representação dos deveres do Estado em relação aos cidadãos e, no campo específico do direito processual, dos deveres do juiz em relação às partes.

## 7. REFERÊNCIAS

- ALEX, 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.
- ÁVILA, Humberto. *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.
- BECKER, Laércio. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- 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 teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1962.
- 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.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *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.
- 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. *Curso de direito processual civil*. v. 1. ed. 20. Salvador: Juspodivm, 2018.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. ed. 8. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. ed. 7. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *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.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOYARD-FABRE, Simone. *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.
- GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto. In: *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.
- GRAU, Eros. Nota sobre os conceitos jurídicos. In: *Doutrinas essenciais de direito civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria analítica del derecho*. Lima: Zela, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996.
- 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.
- HERDER, Johann Gottfried. *Philosophical writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- HERDER, Johann Gottfried. *Another philosophy of history and selected political writings*. Indianapolis: Hackett, 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Nova York: Oxford University Press, 1996

- HOBBSAWN, 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.
- 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.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *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.
- 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.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. ed. 3. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MCMAHON, 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.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. ed. 3 Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- 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.
- NEVES, Marcelo. *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.
- 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.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. Campinas: Bookseller, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. ed. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *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.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução para o espanhol de Jacinto Mesía e Manuel Oley. 6 tomos. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.
- 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.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. ed. 2 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. v. 1. ed. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

- 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-rogoratórias. In: *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 585-616.
- 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: EJEA, 1977.
- 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.