

APRESENTAÇÃO

Uma adequada ligação da teoria do direito, do Estado Constitucional e da teoria dos direitos fundamentais com a teoria do processo civil – especialmente para sua compreensão como um *meio para tutela dos direitos* – depende de uma doutrina consciente da relatividade histórica do direito e do processo e capaz de traduzir a cultura de seu tempo na sua interpretação. O fato de termos um novo Código de Processo Civil promulgado recentemente, portanto, por si só *não constitui senão a promessa de um novo processo civil*. Isso porque, como é pouco mais que evidente, sem que as fontes recebam uma *interpretação* capaz de gerar *significados normativos novos* e sem que esses significados possam ser apropriadamente *ordenados em uma unidade sistemática*, pouco se pode esperar de uma nova legislação.

Um primeiro volume, voltado integralmente à teoria do processo civil, é *imprescindível* para se desenvolver e compreender as elaborações dogmáticas destinadas a explicar o novo Código, na medida em que toda e qualquer afirmação técnico-processual, despida de base teórica, é uma opinião vã. Essa teoria, porém, não mais pode estar ligada aos velhos pressupostos do Estado legislativo, como ainda é comum nas obras que supõem ser possível construir uma única teoria a serviço do processo civil, penal e trabalhista. A teoria do processo que pode hoje interessar é a que mergulha o direito processual nos espaços da teoria do direito e do direito constitucional, especialmente das teorias dos direitos fundamentais.

Embora teoricamente aprofundado, este livro foi escrito de maneira didática, visando a facilitar a compreensão dos estudantes e dos operadores do direito. O seu objetivo é dar *suporte teórico* capaz de permitir ao estudioso compreender e trabalhar o processo civil de *forma crítica e criativa*, evidenciando que o trabalho do juiz, do advogado, do Ministério Público, da defensoria pública, do doutrinador, do professor e do estudante não pode ficar limitado a uma aplicação *mecânica e fria* do processo civil, como desejou o processualismo legalista, que, lamentavelmente, mesmo após a transformação do Estado e das Constituições, continuou de forma acrítica a dominar as obras de teoria do processo não só no Brasil, como em grande parte da América Latina e da Europa.

Este é o primeiro volume do nosso *Curso*. Esperamos que suas linhas possam colaborar na composição de um horizonte idôneo para uma adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos em nosso país.

Por fim, agradecemos aos colegas Marcella Pereira Ferraro, Jordão Violin e Leandro Rutano, pelo minucioso trabalho de revisão realizado e pela constante disposição na verificação das várias versões do novo Código de Processo Civil ao longo de sua elaboração e da construção desta obra.

Verão de 2015.

LUIZ GUILHERME MARINONI,
SÉRGIO CRUZ ARENHART
e DANIEL MITIDIERO



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
INTRODUÇÃO.....	21

PARTE I

A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

INTRODUÇÃO.....	27
1. A INFLUÊNCIA DOS VALORES DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO E DO POSITIVISMO JURÍDICO SOBRE OS CONCEITOS CLÁSSICOS DE JURISDIÇÃO	29
1.1 A concepção de direito no Estado Liberal.....	29
1.2 O positivismo jurídico	36
1.3 A jurisdição como função dirigida a tutelar os direitos subjetivos privados violados	38
1.4 Da teoria da proteção dos direitos subjetivos privados à teoria da atuação da vontade da lei	39
1.5 A teoria de Chiovenda: a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei	40
1.6 A doutrina de Carnelutti: a justa composição da lide.....	42
2. DO MITO DO COGNITIVISMO INTERPRETATIVO E DO LOGICISMO NA APLICAÇÃO DO DIREITO NO POSITIVISMO CLÁSSICO À DUPLA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	47
2.1 O quadro teórico do positivismo clássico de Oitocentos.....	47
2.2 A doutrina do cognitivismo interpretativo	48
2.3 A doutrina do logicismo na aplicação do direito.....	49
2.4 O impacto do cognitivismo e do logicismo sobre a formação dos conceitos de jurisdição e da função do processo civil.....	49
2.5 A dupla indeterminação do direito e sua projeção sobre a teoria da interpretação e da aplicação do direito	50
3. A TRANSFORMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: DA LEGALIDADE FORMAL PELAS REGRAS À LEGALIDADE SUBSTANCIAL PELAS NORMAS	53
3.1 A dissolução da lei genérica, abstrata e fruto coerente da vontade homogênea do parlamento	53

3.2	A nova concepção do direito e a transformação do princípio da legalidade	56
3.3	Compreensão, crítica e conformação da lei.....	58
3.4	Da legalidade formal pelas regras à legalidade substancial pelas normas: a nova concepção das normas	60
3.5	O problema da compreensão do direito por meio dos princípios	62
3.6	Princípios constitucionais, jusnaturalismo e positivismo crítico.....	64
3.7	Princípios constitucionais e pluralismo	64
4.	O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE PELO JUIZ SINGULAR NO DIREITO BRASILEIRO.....	67
4.1	Qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem a obrigação de controlar a constitucionalidade da lei.....	67
4.2	Outras formas de controle da constitucionalidade da lei.....	71
4.3	O juiz e o controle da constitucionalidade da falta de lei.....	73
5.	A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	75
5.1	Introdução.....	75
5.2	Conceito de direitos fundamentais	76
5.3	As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	78
5.4	A multifuncionalidade dos direitos fundamentais	79
5.5	As eficácias horizontal e vertical dos direitos fundamentais.....	82
5.6	Eficácias vertical, horizontal e vertical com repercussão lateral	89
5.7	Direitos fundamentais e democracia. O problema do controle do juiz sobre a decisão da maioria	94
6.	A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	99
6.1	Crítica à teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta da lei	100
6.2	Crítica à teoria de Carnelutti e à teoria que sustenta que o juiz cria a norma individual que dá solução ao caso concreto	100
6.3	O pluralismo e a necessidade de compreensão dos casos concretos	103
6.4	A conformação da lei exige a prévia atribuição de sentido ao caso concreto, mas a definição do caso concreto requer a consideração da lei.....	103
6.5	A jurisdição, após delinear o caso concreto, deve conformar a lei	103
6.6	A decisão a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.....	104
6.7	Conformação da lei e sentido da criação da norma jurídica pelo juiz. A reconstrução da ordem jurídica pela interpretação.....	107
6.8	O significado da norma jurídica que tutela um direito fundamental diante de outro direito fundamental	109
6.9	A criação da norma jurídica em face das teorias clássicas da jurisdição.....	110
6.10	A teoria de que a jurisdição pode criar a norma geral	111
6.11	A teoria de que a jurisdição pode criar o direito diante do constitucionalismo contemporâneo.....	112
6.12	Poder judicial de reconstruir interpretativamente o direito e força obrigatória dos precedentes	114

6.13	A grande peculiaridade da norma reconstruída pelo juiz: a necessidade da sua fundamentação	115
6.14	O impacto da distinção entre texto e norma sobre o conceito de jurisdição e de fundamentação. A necessidade de racionalidade da jurisdição	116
6.15	A teoria de que a jurisdição se define pelo seu dever de concretizar os valores públicos constitucionalizados	120
6.16	A ideia de que a jurisdição tem por objetivo a pacificação social.....	123
6.17	A jurisdição deve responder às necessidades do direito material	124
6.18	A tutela dos direitos transindividuais	125
6.19	Dar tutela aos direitos não é simplesmente editar a norma jurídica do caso concreto.....	127
6.20	A jurisdição a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.	129
6.21	As regras processuais abertas como decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional	132
6.22	A ausência de regra processual capaz de viabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional	135
6.23	A subjetividade do juiz e a necessidade de explicitação da correção da tutela jurisdicional mediante a argumentação jurídica. A controlabilidade intersubjetiva das razões	137
6.24	Os postulados normativos para aplicação do direito e dos direitos fundamentais, a interpretação de acordo e as técnicas de controle da constitucionalidade diante da argumentação jurídica	138
6.25	A argumentação jurídica em prol da técnica processual adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional	142
6.26	A inevitável reação do sistema: a autoridade dos precedentes judiciais	144
6.27	O novo Código de Processo Civil e a força dos precedentes	149
6.28	O processo civil como meio para tutela dos direitos a partir da jurisdição. O duplo discurso	151
6.29	A definitividade.....	152
6.30	Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária	155
6.31	Conclusões acerca da concepção contemporânea de jurisdição.....	156
7.	A JURISDIÇÃO E A JUSTIÇA CIVIL	165
7.1	A justiça civil	165
7.2	Por uma adequada administração da justiça	167
7.3	Um projeto para a justiça civil	169
8.	A JURISDIÇÃO NO QUADRO DAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS.....	173
8.1	Formas de resolução de litígios no Estado Constitucional	173
8.2	Métodos heterocompositivos. A jurisdição e a arbitragem.....	174
8.3	Métodos autocompositivos. A conciliação e a mediação. A abertura do novo Código de Processo Civil para as formas autocompositivas	180
9.	O DIREITO À JURISDIÇÃO E AO JUIZ NATURAL NA CONSTITUIÇÃO E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	181

9.1	Direito fundamental ao processo justo e jurisdição.....	181
9.2	A universalidade do direito fundamental à jurisdição	181
9.3	Nemo <i>iudex in re propria</i> . O direito fundamental ao juiz natural.....	183
	CASOS	185

PARTE II

A AÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

1.	ASTEORIAS DA AÇÃO E A POSIÇÃO DO NOVO CPC. PRIMEIROS APONTAMENTOS PARA UMA CONCEPÇÃO ADEQUADA AO ESTADO CONSTITUCIONAL E À REALIDADE NORMATIVA BRASILEIRA.....	189
1.1	A época em que a ação se confundia com o direito material.....	189
1.2	A polêmica entre Windscheid e Muther.....	191
1.3	O direito de agir “abstrato”	195
1.4	Ainda a ação como direito abstrato. A teoria de Mortara.....	196
1.5	A pretensão à tutela jurídica. A teoria de Wach	197
1.6	A ação como poder em face do adversário. A teoria de Chiovenda.....	198
1.7	A ação como direito de petição. A teoria de Couture.....	199
1.8	As condições da ação. A teoria de Liebman.....	201
1.9	A posição adotada pelo novo Código de Processo Civil.....	204
1.10	Primeira apreciação crítica. O significado conceitual do debate sobre as teorias da ação	205
2.	A INFLUÊNCIA DOS VALORES DO ESTADO SOCIAL SOBRE O DIREITO DE AÇÃO	215
2.1	O direito de ação como direito de acesso à justiça.....	215
2.2	Os problemas que conduziram à questão do acesso à justiça	217
2.2.1	O custo do processo.....	217
2.2.2	A demora processual.....	219
3.	O DIREITO DE AÇÃO NO QUADRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	223
3.1	O direito de ação diante da evolução das funcionalidades dos direitos fundamentais	223
3.2	O direito de ação como direito fundamental	236
3.3	O direito fundamental de ação e seus efeitos	237
4.	O CONTEÚDO DO DIREITO DE AÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO E DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	247
4.1	O direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo	247
4.2	O direito à duração razoável do processo e aos meios que garantam a tempestividade da prestação da tutela dos direitos. A economia processual, o calendário processual e a ordem cronológica de julgamento no novo Código de Processo Civil	262

4.3	O direito de ação e o princípio da demanda.....	270
5.	DA AÇÃO ABSTRATA E UNIFORME (AÇÃO ÚNICA) À AÇÃO ADEQUADA À TUTELA DO DIREITO MATERIAL E AO CASO CONCRETO.....	273
5.1	A repercussão da dicotomia tutela pelo equivalente-tutela específica sobre a efetividade da ação	273
5.2	A ação única como decorrência do princípio da tipicidade das formas processuais.....	280
5.3	O escopo de tutela dos direitos.....	285
5.4	Técnica processual e tutela dos direitos	287
5.5	As tutelas jurisdicionais dos direitos.....	293
5.6	A influência da tutela do direito sobre a ação	303
5.7	Tutela jurisdicional do direito e tutela jurisdicional	306
5.8	O exercício da ação para a obtenção da tutela do direito	307
5.9	O direito de ação como direito ao procedimento próprio à participação e ao plano do direito material. O direito de ação como direito ao processo justo	310
5.10	O direito à técnica processual adequada à tutela do direito e ao caso concreto	313
5.11	O direito à construção da ação adequada ao caso concreto.....	322
5.12	Legitimidade da construção da ação segundo a tutela jurisdicional do direito.....	330
5.13	Ação de direito material, formas de tutela dos direitos e ação adequada... ..	332
5.14	Classificações das ações, das sentenças e das tutelas jurisdicionais dos direitos	334
5.15	O significado do direito de ação no Estado Constitucional	341
	CASOS	343

PARTE III

A DEFESA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

1.	CONCEITO DE DIREITO DE DEFESA.....	347
2.	DIREITO DE DEFESA E ACESSO À JUSTIÇA	351
3.	O DIREITO DE DEFESA NA CONSTITUIÇÃO. O SIGNIFICADO DO DIREITO À AMPLA DEFESA.....	353
4.	O DIREITO DE DEFESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	359
4.1	A citação para a audiência e o direito de defesa.....	359
4.2	Resposta e defesa	362
4.3	Defesas de mérito direta e indireta.....	363
4.4	Restrições ao direito de defesa e à prova diante da defesa de mérito indireta	364

4.5	Os fatos litigiosos e o ônus da prova. Distinção entre contraprova e ônus da prova dos fatos articulados na defesa indireta.....	367
4.6	Direito de defesa, dinamização e inversão do ônus da prova e julgamento fundado na redução do módulo da prova.....	370
4.7	Direito de defesa e meio menos restritivo.....	374
5.	O DIREITO FUNDAMENTAL DE DEFESA DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO.....	375
5.1	Primeiras considerações.....	375
5.2	As relações entre os direitos fundamentais de defesa e de ação na perspectiva do legislador	376
5.3	As relações entre os direitos fundamentais de defesa e de ação na perspectiva do juiz.....	379
6.	PROBLEMATIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE DEFESA	387
6.1	Julgamento antecipado do mérito e defesa	387
6.2	Improcedência liminar do pedido e defesa	390
6.3	Urgência da tutela e defesa.....	391
6.4	Evidência e distribuição do ônus do tempo do processo através da técnica antecipatória.....	393
6.5	Mandado de segurança e defesa	397
6.6	Procedimento monitório e defesa	402
6.7	Procedimento de cognição sumária e defesa.....	405
6.8	Mitigação da regra da adstrição da sentença ao pedido e defesa.....	405
6.9	Princípio da concentração dos poderes executivos e defesa.....	408
6.10	A legitimidade do procedimento de cognição parcial e da restrição à matéria de defesa.....	410
	CASOS	417

PARTE IV

O PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

1.	PROCESSO E PROCEDIMENTO NA DOUTRINA CLÁSSICA.....	421
1.1	O processo nas concepções privatísticas	421
1.2	O processo enquanto procedimento na época anterior à teorização da autonomia do direito processual civil	423
1.3	A distinção entre processo e procedimento diante da “descoberta” do caráter público do processo.....	423
1.4	O delineamento da relação jurídica processual	425
1.5	O ambiente de concepção da teoria da relação jurídica processual. O conceitualismo	427
2.	BASES PARA UM NOVO CONCEITO DE PROCESSO.....	431
2.1	A crise do conceito de relação jurídica processual	431
2.2	O realinhamento das noções de processo e procedimento	436
2.3	Jurisdição e processo	440

2.4	A participação como fator de legitimação da jurisdição	441
2.5	Significado do contraditório no Estado Constitucional	445
2.6	A intensificação da atuação do juiz em prol da legitimidade do processo .	449
2.7	O processo capaz de permitir o acesso das camadas mais pobres da população	451
2.8	O procedimento adequado às necessidades do direito material.....	452
2.9	Procedimento e técnica processual.....	455
2.10	Tutela dos direitos e procedimento	456
2.11	A ilegitimidade do procedimento único	457
2.12	A utopia dos procedimentos diferenciados.....	461
2.13	A criação do procedimento adequado ao caso concreto	462
2.14	A participação por meio do processo. O dever estatal de viabilizar a participação mediante o processo judicial	465
2.15	O processo e a legitimidade da decisão	466
2.16	A legitimidade da definição legislativa do procedimento judicial a partir dos direitos fundamentais	480
2.17	A argumentação como fator de legitimação	482
3.	O PROCESSO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO E SUA DENSIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL	485
3.1	Primeiras considerações.....	485
3.2	O direito fundamental ao processo justo. Do devido processo legal ao processo justo	489
3.2.1	A divisão do trabalho entre o juiz e as partes no processo civil. O direito à colaboração no processo	493
3.2.2	Direito à igualdade e à paridade de armas	498
3.2.3	Direito ao contraditório.....	501
3.2.4	Direito à prova	504
3.2.5	Direito à publicidade	508
3.2.6	Direito à fundamentação das decisões	509
3.2.7	Direito à segurança jurídica no processo	514
3.3	A legitimidade da decisão e do precedente a partir dos direitos fundamentais, a otimização da participação popular no procedimento e a argumentação judicial. O direito à decisão justa e à formação de precedentes	517
3.4	A legitimidade do procedimento	521
3.5	A participação através do procedimento	522
3.6	Processo e procedimento	524
3.6.1	O problema da contratualização do procedimento no novo Código de Processo Civil	524
3.6.1.1	Introdução.....	524
3.6.1.2	Requisitos para a validade e eficácia dos acordos processuais.....	527
3.6.1.2.1	Acordos que disciplinam apenas interesses das partes no processo.....	529
3.6.1.2.2	Acordos que afetam a atividade jurisdicional.....	530
3.6.1.3	Considerações críticas.....	532

3.6.2	Oralidade	534
3.6.2.1	Introdução	534
3.6.2.2	Elementos da oralidade no processo	536
3.6.2.3	O procedimento comum e a oralidade	538
3.6.3	Impulso oficial	539
3.7	O processo como procedimento adequado aos fins do estado constitucional. O processo civil como meio para tutela dos direitos	540
4.	O PROCESSO, OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E O MÉRITO DA CAUSA	541
4.1	O processo e a cognição judicial	541
4.2	Os pressupostos processuais	542
4.3	Os pressupostos processuais de existência e de validade na doutrina	543
4.4	Os pressupostos processuais na teoria de Bülow	543
4.5	A superação das duas fases e a instituição do processo único diante dos pressupostos processuais	545
4.6	A influência do conceitualismo sobre a ideia de pressuposto processual	546
4.7	Os ditos pressupostos processuais não dizem respeito ao processo e não são requisitos para o julgamento do mérito	548
4.8	A necessidade de descoberta dos valores e das funções dos ditos pressupostos processuais	550
4.9	Os referidos pressupostos diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo	553
4.10	A compreensão dos “pressupostos processuais” a partir das suas funções e dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo demonstra a incapacidade da teoria da relação jurídica processual e da categoria dos pressupostos processuais para expressar o significado de processo jurisdicional no Estado Constitucional	554
4.11	O processo e o mérito da causa	555
5.	PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	557
5.1	Processo de conhecimento e processo de execução	557
5.2	O conceitualismo e a formação do Código Buzaid	558
5.2.1	A estrutura do Código Buzaid	558
5.2.2	Processo civil, realidade social e direito material	561
5.3	As reformas do Código Buzaid	568
5.4	O novo Código de Processo Civil e a tutela dos direitos	570
5.4.1	A estrutura do novo Código. Do processo à tutela	572
5.4.2	Processo civil, realidade social e direito material	574
	CASOS	575
	SOLUÇÕES DOS CASOS	577
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	581

Introdução

Por força de um notório exercício de abstração realizado pela doutrina italiana da primeira metade de Novecentos,¹ cujo resultado foi a transformação da *Rivista di Diritto Processuale Civile* em *Rivista di Diritto Processuale*, a criação de uma disciplina nos currículos universitários e o fomento de um modo de ver o processo civil inconscientemente despreocupado com as particularidades do direito material que esse deveria se encontrar pré-ordenado a efetivar, tornou-se lugar-comum o estudo do processo civil ser precedido pelo estudo da *teoria geral do processo*. Essa tradição foi importada pela doutrina brasileira na segunda metade de Novecentos² e mesmo no início do nosso século contou com entusiasmadas adesões e criativas tentativas de desenvolvimento.³

A expressão *teoria geral* – cuja aplicação à teoria do direito foi feita pela primeira vez em Oitocentos tanto na tradição romano-germânica (*Allgemeine Rechtslehre*) como na tradição do *Common Law* (*general jurisprudence*)⁴ – pode ser compreendida no mínimo de três maneiras diferentes. A ambiguidade da expressão reside especificamente na adjetivação *geral* que acompanha o substantivo *teoria*.

Em primeiro lugar, pode-se falar em *teoria geral* para designar-se uma *teoria universal*, isto é, uma teoria que se propõe a identificar os conceitos suscetíveis de emprego e os institutos comuns para compreensão de qualquer ordenamento ju-

¹ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, p. 3-6, v. I.

² Com a publicação em 1974 do livro *Teoria geral do processo*, de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, hoje na 30. ed., 2014.

³ Fredie Didier Júnior, *Sobre a teoria geral do processo – Essa desconhecida*.

⁴ Pierluigi Chiassoni, *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, p. 125-128 e p. 192-197; Guido Fassò, *Storia della Filosofia del Diritto*, atualizada por Carla Faralli, p. 183-185, v. III. A expressão “*general jurisprudence*” é devida a John Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence* (1863), in *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, com introdução de Herbert Hart, p. 367, cuja notória inspiração é a *universal unauthoritative expository jurisprudence* de Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), editado por J. H. Burns e Herbert Hart e com ensaios de F. Rosen e Herbert Hart, p. 293-295, apontada como verdadeira certidão de nascimento da teoria do direito (Pierluigi Chiassoni, *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*, p. 15). A expressão *Allgemeine Rechtslehre* é própria do final de Oitocentos no âmbito da cultura jurídica germânica e pode ser encontrada, por exemplo, na obra de August Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*.

rídico sem nenhuma distinção de espaço e de tempo⁵ – isto é, com a abstração de qualquer elemento jurídico-cultural. Trata-se de acepção em grande parte ligada ao estilo cientificista do jusnaturalismo racionalista de Setecentos.⁶ Nessa perspectiva, a teoria geral acaba se convertendo em uma teoria simplesmente preocupada com a *terminologia* jurídica.⁷

O problema é que os ordenamentos jurídicos não se valem invariavelmente dos mesmos conceitos e institutos jurídicos. Nem sempre às mesmas palavras correspondem os mesmos conceitos, assim como os ordenamentos não contam necessariamente com institutos comuns.⁸ A expressão *jurisdiction* no âmbito da doutrina estadunidense, por exemplo, significa *competência*, sendo que o nosso conceito de *jurisdição* encontra adequada tradução naquela doutrina com o termo *adjudication*. Ainda, o processo civil brasileiro conhece o instituto dos embargos de declaração como um recurso (art. 1.022 do CPC), ao passo que o direito alemão trata como simples requerimento o pedido de correção da decisão por obscuridade ou contradição (§ 320, ZPO). No mais, a própria ideia de conceitos lógico-jurídicos *a priori* e universais deixa de lado o fato de que não é possível conceber a existência de conceitos jurídicos independentes de determinada ordem jurídica. Daí que a pretensão de universalidade conceitual e institucional vinculada à teoria geral como teoria universal não se sustenta.

Em segundo lugar, pode-se cogitar de *teoria geral* como *teoria transordenamental*, isto é, uma teoria que tem por objetivo construir os conceitos suscetíveis de utilização em determinados ordenamentos jurídicos que contam com características semelhantes.⁹ Cuida-se de acepção notoriamente ligada ao positivismo jurídico kelseniano de

⁵ Riccardo Guastini, *Teoria del diritto – Approccio metodologico*, p. 28. Nessa linha, Fredie Didier Júnior, *Sobre a teoria geral do processo*, p. 36 (“uma teoria é geral quando reúne enunciados que possuem pretensão universal, invariável”) e p. 64 (“a teoria geral do processo, teoria do processo, teoria geral do direito processual ou teoria do direito processual é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais. São conceitos lógico-jurídicos processuais todos aqueles indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra. (...). A teoria geral do processo pode ser compreendida como uma teoria geral, pois os conceitos lógico-jurídicos processuais, que compõem o seu conteúdo, têm pretensão universal. Convém adjetivá-la como ‘geral’ exatamente para que possa ser distinguida das teorias individuais do processo, que têm pretensão de servir à compreensão de determinadas realidades normativas”).

⁶ Riccardo Guastini, *Teoria del diritto*, p. 28. Sobre o estilo cientificista do jusnaturalismo racionalista, sinteticamente, Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 206; extensamente, Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, p. 249/347 (há tradução portuguesa: Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, tradução de Antônio Manuel Hespanha, p. 279/395).

⁷ Jeremy Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, p. 295.

⁸ Riccardo Guastini, *Teoria del diritto*, p. 28.

⁹ Idem, p. 29.

Novecentos.¹⁰ Nessa linha, porém, a teoria geral termina esfumando-se no âmbito de um simples exercício de *comparação* jurídica.¹¹

Em terceiro lugar, é possível falar em *teoria geral* como *teoria transsetorial*, isto é, como uma teoria encarregada de reconstruir os fundamentos e os conceitos que são comuns aos diferentes setores de um mesmo ordenamento jurídico.¹² Essa é uma maneira apropriada de compreender o significado de uma teoria geral – que, no entanto, não nos parece adequado para viabilizar o estudo do processo.¹³

Embora a tradição possa legitimar o uso em determinados contextos da expressão teoria geral do processo para uma melhor comunicação com a comunidade acadêmica,¹⁴ é certo que existem *diferenças funcionais* entre o processo civil e o processo penal¹⁵ – isso para não falarmos nas diferenças entre os processos jurisdicionais e não

¹⁰ Como observa Hans Kelsen, no prefácio à sua *Teoria geral do direito e do Estado* (1945), “a teoria que será exposta na primeira parte deste livro é uma teoria geral do direito positivo. O direito positivo é sempre o direito de uma comunidade definida: o direito dos Estados Unidos, o direito da França, o direito mexicano, o direito internacional. Conseguir uma exposição científica dessas ordens jurídicas parciais que constituem as comunidades jurídicas correspondentes é o intuito da teoria geral do direito aqui exposta. Esta teoria, resultado de uma análise comparativa das diversas ordens jurídicas positivas, fornece os conceitos fundamentais por meio dos quais o direito positivo de uma comunidade jurídica definida pode ser descrito” (*Teoria geral do direito e do Estado*, tradução de Luís Carlos Borges, p. XXVII).

¹¹ Riccardo Guastini, *Teoria del diritto*, p. 29.

¹² *Idem*, p. 31. Por essa razão, dada a necessidade de transversalidade como algo inerente à caracterização da teoria geral, parece-nos inapropriado falar em teoria geral do processo civil (como está, por exemplo, em Ovídio Baptista da Silva e Fábio Gomes, *Teoria geral do processo civil*), porque aí a teoria geral acaba sendo reportada apenas a um único setor da dogmática jurídica.

¹³ Contra, entendendo possível a existência de uma teoria geral do processo capaz de amalgamar o estudo do processo civil e do processo penal, Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, p. 3-6; *Diritto e processo*, p. 47-48; Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 48; contra, entendendo possível a existência de uma teoria geral do processo capaz de enfeixar não só o estudo dos processos jurisdicionais civil, trabalhista e penal, mas também dos processos não jurisdicionais administrativo e legislativo, Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 67-69; Fredie Didier Júnior, *Sobre a teoria geral do processo*, p. 76.

¹⁴ E precisamente por isso – para facilitar o diálogo acadêmico – um de nós intitulou um de seus livros anteriores como *Teoria geral do processo*, nada obstante o seu conteúdo facilmente denotasse se tratar de um livro voltado especificamente para a teoria do processo civil (Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*, v. I).

¹⁵ O processo civil é um meio para tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos mediante processo justo. O direito de ação e o direito de defesa estão, como regra, em equilíbrio. O processo penal, embora sirva para efetiva realização da pretensão punitiva alegada pelo Estado mediante processo justo, constitui em primeiro lugar um anteparo ao arbítrio do Estado e instrumento de salvaguarda da liberdade do acusado. As posições ocupadas pelo demandante e pelo demandado não estão, como regra, em equilíbrio. Essas diferenças funcionais entre o processo civil e o processo penal demandam diferentes adequações em termos de técnica processual para

jurisdicionais¹⁶ – que desautorizam sua teorização conjunta. E como essas diferenças funcionais acabam ecoando nas *grandes linhas* do processo civil, na *formulação dos seus conceitos* e na *estruturação do processo* como um todo, o ideal é que o processo civil seja teorizado autonomamente.

Essa é a razão pela qual este volume de nosso *Curso* cuida apenas da *teoria do processo civil*. Neste examinamos os conceitos básicos do processo – jurisdição, ação, defesa e processo – na *perspectiva do processo civil*, bem como o modo pelo qual o nosso novo Código de Processo Civil está estruturado para prestação da *tutela jurisdicional dos direitos*. Nos próximos volumes estudaremos *a tutela dos direitos mediante procedimento comum e a tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*.

promoção de sua justa estruturação. Nessa linha, frisando as diferenças entre o processo civil e o processo penal, Heitor Sica, *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil*, p. 432.

¹⁶ As diferenças são ainda mais flagrantes entre os processos jurisdicionais e os processos não jurisdicionais. O processo legislativo, por exemplo, não tem a necessidade de terminar com uma decisão justificada, bastando como meio de sua legitimação a composição de maioria parlamentar. O processo judicial obedece a outra lógica: sem decisão justificada não há exercício legítimo do poder estatal.