

Fredie Didier Jr.

**SOBRE A
TEORIA GERAL
DO PROCESSO,
ESSA DESCONHECIDA**

10.^a edição

2025

Capítulo 1

NOÇÕES FUNDAMENTAIS

SUMÁRIO • 1. Teoria: generalidades – 2. Conceitos jurídico-positivos e conceitos jurídicos fundamentais (conceitos lógico-jurídicos); 2.1. Observação inicial; 2.2. Conceitos jurídico-positivos; 2.3. Conceitos jurídicos fundamentais; 2.3.1. Generalidades; 2.3.2. Conceito jurídico fundamental como produto cultural. Universalidade e historicidade; 2.3.3. Funções dos conceitos jurídicos fundamentais; 2.3.4. Considerações finais sobre o uso e a função dos conceitos jurídicos fundamentais – 3. Teoria Geral do Direito – 4. Teoria Geral do Direito como componente curricular do curso de graduação em Direito. A Introdução ao Estudo do Direito – 5. Teoria Geral do Direito e Parte Geral – 6. Teoria Geral do Direito e regime jurídico único.

1. TEORIA: GENERALIDADES

“Teoria é todo sistema de proposições orientado para um objeto com fim cognoscitivo”¹. A teoria compreende uma sistemática e uma finalidade verificativa: trata-se de conjunto organizado de enunciados relativos a determinado objeto de investigação científica ou filosófica. A teoria unifica e arruma o complexo dos conceitos e enunciados da ciência ou da filosofia.

A teoria serve à ciência ou à filosofia. É possível designar a ciência/filosofia com o nome de uma teoria. É o que ocorre, por exemplo, com a

1. VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003. v. 1, p. 80.

Teoria do Estado, a Teoria do Direito, a Teoria do Processo. Mas convém lembrar que a ciência e a filosofia são sistemas de teorias².

Não é fácil a tarefa de distinguir ciência e filosofia – a abordagem dogmática e abordagem zetética³.

Basicamente, a ciência pode ser definida como sistema de enunciados que se propõe a explicar de modo coerente, racional e falseável um determinado objeto. Na abordagem científica, adota-se o postulado da indiscutibilidade dos pontos de partida (dogmas) e há uma preocupação maior com a solução de um problema – busca por respostas⁴. A abordagem filosófica é estruturalmente semelhante à científica, mas se distingue pelo seu caráter especulativo – não há uma preocupação imediata com propostas concretas para a solução de um problema; preocupa-se mais com perguntas e com as possibilidades do conhecimento.

Se se considerar como ciência um “sistema de conhecimentos metodicamente adquiridos e integrados em uma unidade coerente”, pode-se dizer que a Filosofia é a ciência que se propõe a “indagar dos pressupostos ou condições de possibilidade de todas as ciências particulares”⁵.

Concebe-se uma teoria sobre outra teoria: uma teoria da teoria. A epistemologia, por exemplo, é uma teoria da ciência, que é um conjunto de teorias. Por isso, uma teoria tanto pode servir a uma abordagem filosófica, como a uma abordagem científica.

Uma teoria para as ciências sociais pode ter graus de abstração diversos: *geral, individual e particular*⁶. As teorias sobre o Direito, fato social que é, seguem essa divisão.

-
2. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota (trad.). São Paulo: Cultrix, s/a, p. 61.
 3. FERRAZ Jr., Tércio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 43-52.
 4. “Toda ciência depende, portanto, em seu ponto de partida, de certas afirmações, que se aceitam como condição de validade de determinado sistema ou ordem de conhecimentos”. (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed., 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 11.)
 5. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed., 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.
 6. VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 93-95; POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 61, nota 1.

Uma *teoria* é *geral* quando reúne enunciados que possuem pretensão universal, invariável⁷.

Uma teoria pode ser *individual*, quando pretender organizar conhecimento em torno de um objeto singular, investigado exatamente em razão da importância de suas peculiaridades. Os objetos culturais, como o Direito, o idioma, o Estado, têm importância científica *também* pelo que apresentam como singularidade. O conhecimento científico não precisa ser necessariamente abstrato ou universal: “pode deter-se na concreção singular, expor, descritivamente, a singularidade em sua diferenciação única”⁸.

Há, então, a Teoria Geral do Estado e a Teoria do Estado brasileiro; a Teoria Geral do Direito e a Teoria do Direito estadunidense; a Teoria Geral do Processo e a Teoria do Processo civil italiano etc.

Pode-se restringir a generalidade da teoria a um grupo de objetos, selecionados com base em algum elemento comum. Fala-se, então, em uma teoria *particular*. Trata-se de um grau de abstração entre o *geral* e o *individual*. Comparam-se os objetos deste grupo para “sacar, desse confronto, o típico sobre o simplesmente singular, o homogêneo sobre o meramente peculiar”⁹. Assim, por exemplo, uma teoria particular do Direito para Estados cuja tradição jurídica seja o *common law*.

Toda teoria tem uma extensão, delimitação do objeto de investigação, e uma intensidade, que é o seu conteúdo informativo, sua aptidão para explicar o objeto investigado. Tanto maior a extensão, tanto menor a intensidade de uma teoria¹⁰.

Um objeto de investigação científica pode ser objeto de várias teorias, que o decompõem abstratamente. É *parcial* a teoria que cuida de cada um

7. Observe-se que o adjetivo “geral” serve para qualificar o objeto da teoria. O adjetivo pode ser utilizado, porém, para designar a função da teoria – “geral”, porque se propõe a exaurir o objeto investigado. Este uso do adjetivo parece ser desnecessário, pois, neste sentido, toda teoria é geral, pois se propõe a examinar todo o seu objeto.

8. VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 90.

9. VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 91.

10. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*. Bari: Editori Laterza, 2007, v. 1, p. 6.

dos resultados dessa decomposição. A ciência ou filosofia, compreendidas como *teorias totais*, será o conjunto dessas teorias parciais, que se complementam.

Assim, por exemplo, a Teoria Geral do Direito é composta pelas teorias parciais (i) do fato jurídico, (ii) das situações jurídicas, (iii) dos sujeitos de direito, (iv) da norma jurídica etc. A Teoria Geral do Processo é composta pelas teorias (i) das capacidades processuais, (ii) dos fatos jurídicos processuais, (iii) da norma processual, (iv) da prova etc. Teorias parciais podem ser, igualmente, *gerais, particulares e individuais*. Pode-se, então, *v. g.*, falar em uma *teoria geral dos fatos jurídicos processuais*.

O objeto desta tese é a Teoria Geral do Processo. A tese não cuida de teorias *particulares* (p. ex.: Teoria do Processo no *civil law*) nem de teorias *individuais* (p. ex.: Teoria do Processo Civil brasileiro ou Teoria do Processo Penal italiano) do processo. A tese dará um enfoque maior no processo jurisdicional, entretanto.

2. CONCEITOS JURÍDICO-POSITIVOS E CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS (CONCEITOS LÓGICO-JURÍDICOS)

2.1. Observação inicial

A ciência é um sistema de enunciados¹¹. Compõe-se de “um conjunto de conceitos dispostos segundo certas conexões ideais”, estruturados de acordo com critérios “ordenadores que os subordinam a uma unidade sistemática”¹². Os enunciados da ciência articulam esses conceitos, com o objetivo de explicar, de modo coerente, racional e “falseável”¹³, um determinado aspecto da realidade.

Em um sistema conceitual, nem todos os conceitos “ocupam o mesmo plano”: há conceitos que possuem âmbito de validade específico, outros, genérico; uns são conceitos fundamentais, outros, derivados e adjacentes¹⁴.

11. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 35.

12. VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003. v. 1, p. 4.

13. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 42.

14. VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 4.

As teorias jurídicas sofrem a contingência de ter por objeto um produto cultural. O Direito terá o seu conteúdo determinado por circunstâncias históricas e espaciais. É muito difícil e, por vezes, pouco útil, criar uma teoria que sirva a diversos ordenamentos jurídicos, tão distintos entre si.

Essa é a razão pela qual devem ser separados, em qualquer construção teórica sobre o Direito, os conceitos que servem à compreensão do fenômeno jurídico, onde quer que ele ocorra, qualquer que seja o seu conteúdo, dos conceitos construídos a partir da análise de um *determinado* ordenamento jurídico. Vale também para as Ciências Jurídicas a conclusão de Popper: “considero de fundamental importância a distinção entre conceitos ou nomes universais e individuais”¹⁵.

Aos primeiros, dá-se a designação de *conceitos jurídicos fundamentais ou lógico-jurídicos*; os outros são chamados de *conceitos jurídico-positivos*.

2.2. Conceitos jurídico-positivos

O *conceito jurídico-positivo* é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável. Tem, como afirma Juan Terán, “validez determinada en cuanto al espacio y determinada en cuanto al tiempo en sentido histórico”¹⁶. Trata-se de noção que somente pode ser obtida *a posteriori*, “no sentido de que apenas poderá ser apreendida após o conhecimento de um determinado Direito Positivo”¹⁷. São conceitos contingentes, históricos: descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento¹⁸.

Alguns exemplos podem ser úteis à compreensão do tema.

O conceito de *estupro* é *jurídico-positivo*: os elementos desse crime variam conforme o respectivo Direito positivo. Até bem pouco tempo atrás, no Brasil, *estupro* era crime que pressupunha violência sexual (conjunção

15. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 67.

16. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005, p. 81.

17. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94. Assim, também, TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed., cit., p. 83.

18. SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del derecho*. 19ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2008, p. 12; BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed., cit., p. 94.

carnal) praticada por um homem contra uma mulher. Atualmente, *estupro* é crime que pode ser cometido por ou contra alguém de qualquer gênero e a conduta típica não é mais apenas a conjunção carnal violenta¹⁹.

O conceito de *casamento* também é *jurídico-positivo*. No Brasil, casamento é a união formal familiar entre pessoas de sexos diferentes (art. 1.514 do Código Civil)²⁰. Em Portugal, casamento é negócio celebrado entre duas pessoas, pouco importa o gênero a que pertençam (art. 1.577º do Código Civil português)²¹.

Obviamente, também há conceitos *jurídico-positivos* no âmbito do Direito processual.

Recurso extraordinário, no Brasil, é meio de impugnação de uma decisão judicial, no mesmo processo em que foi proferida; é, portanto, instrumento que *impede* o trânsito em julgado da decisão. *Recurso extraordinário*, em Portugal, é instrumento de controle da decisão judicial, que *pressupõe* o trânsito em julgado da decisão (arts. 628º, CPC português).

Como se vê, trata-se de conceito que fica submetido às contingências das transformações do Direito positivo. A definição desses objetos variará conforme o tempo e o espaço.

Não há, portanto, uma disciplina jurídica única e imutável para esses institutos. Não se pode pretender encontrar, nesses conceitos, elementos invariáveis, que compusessem uma espécie de *essência* imprescindível do objeto definido.

Exemplos são úteis à demonstração da importância de identificar os objetos cujo conceito dependa do exame de um determinado Direito positivo. Assim como o respectivo conceito, o regime jurídico do objeto investigado também variará conforme o ordenamento jurídico analisado.

A *simulação* é vício que permite a invalidação do negócio jurídico. Trata-se de invalidação que se submete ao regime jurídico da nulidade

19. Art. 213 do Código Penal Brasileiro, alterado pela Lei n. 12.015/2009: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:”. A redação anterior era a seguinte: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

20. Art. 1.514 do Código Civil brasileiro: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

21. Art. 1.577º do Código civil português, alterado pela Lei n. 9/2010: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

(art. 167 do Código Civil brasileiro²²). Sucede que, de acordo com o Código Civil de 1916, já revogado, a simulação era vício que gerava anulabilidade do negócio jurídico; submetia-se, portanto, a regime jurídico diverso (art. 147, II, Código Civil brasileiro de 1916)²³. Note-se a mudança do regime jurídico da invalidação do negócio por simulação. Não há problema algum; é legítima opção legislativa.

No âmbito do Direito processual civil brasileiro, a *incompetência relativa* é defeito que não pode ser reconhecido *ex officio* pelo órgão jurisdicional (arts. 64, § 1º, e 65, CPC brasileiro; n. 33 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça). Exatamente porque apenas o réu pode alegar a incompetência relativa, se não o fizer no primeiro momento que lhe cabe falar nos autos, haverá preclusão. A *incompetência absoluta* é defeito que pode ser constatado *ex officio* e não há preclusão para seu exame durante a litispendência. O legislador brasileiro criou uma figura híbrida: uma incompetência que pode ser conhecida de ofício, mas não o pode ser a qualquer tempo. Cuida-se da incompetência decorrente de invalidade de cláusula negocial abusiva de escolha de foro (art. 63, §§ 3º e 4º, CPC brasileiro). A definição do regime jurídico da incompetência variará conforme o Direito positivo, que pode combinar diversos critérios para a configuração da sua disciplina normativa.

No Direito processual civil brasileiro, o indeferimento da petição inicial é uma decisão liminar, proferida em favor do réu, em que o órgão julgador, *sem examinar o mérito da causa*, entende que a demanda não pode ser processada em razão de um problema formal (art. 330, CPC). No CPC-1973, o indeferimento da petição inicial também poderia ser uma decisão com resolução do mérito (art. 295, IV, CPC-1973). Note, assim, que o conceito *indeferimento da petição inicial* é *jurídico-positivo*, variando, portanto, de acordo com as escolhas normativas em dado espaço-tempo.

Mais um exemplo.

No direito processual civil brasileiro, apelação é o recurso cabível contra sentença e contra algumas decisões interlocutórias (art. 1.009, § 1º, CPC

22. Art. 167 do Código Civil brasileiro: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

23. Art. 147 do Código Civil brasileiro de 1916, já revogado: “É anulável o ato jurídico: (...) II – por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113)”.

brasileiro). Contra outras decisões interlocutórias, caberá agravo de instrumento (art. 1.015 do CPC brasileiro). Não obstante isso, o legislador previu caso de agravo de instrumento contra sentença (art. 100 da Lei n. 11.101/2005²⁴). No CPC brasileiro de 1973, apelação era um recurso cabível contra sentença, apenas. O conceito de apelação, como é *jurídico-positivo*, permite esse tipo de diversidade legislativa e variação histórica. É importante que o legislador seja coerente, para facilitar a compreensão do Direito positivo, mas não se pode afirmar que não lhe é lícito alternar as regras de cabimento dos recursos, prevendo um ou outro contra uma ou outra decisão, em variada combinação.

2.3. Conceitos jurídicos fundamentais

2.3.1. Generalidades

O conceito jurídico fundamental²⁵ (*lógico-jurídico*, jurídico próprio ou categorial²⁶) é aquele construído pela Filosofia do Direito²⁷ (é uma das tarefas da *Epistemologia Jurídica*), com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra. Tem pretensão de validade universal²⁸. Serve aos operadores do Direito para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico determinado²⁹. É, verdadeiramente, um pressuposto indispensável de qualquer contato científico com o direito³⁰.

24. Art. 100 da Lei n. 11.101/2005: “Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação”.

25. SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*. Leipzig: Felix Meiner, 1917, p. 8. Ver, ainda, a lição de VILANOVA: “Em todo o sistema conceptual, existe um grupo de conceitos fundamentais, cuja amplitude cobre todo o território científico sobre o qual dito sistema repousa”. (VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 10.)

26. Variações encontradas em KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. António Ulisses Cortês (trad.). 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 146.

27. VECCHIO, Giorgio del. *Filosofía del derecho*. 5ª ed. Revisada por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1947, p. 25.

28. SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 10; TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed., cit., p. 81.

29. SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 9-10; TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed., cit., p. 82.

30. SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 10; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, 2ª ed., cit., p. 146; SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del derecho*. 19ª ed., cit., p. 12; STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*. W. Roces (trad.). Ediciones Coyoacán, 2008, p. p. 13-15 e 21-22; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Marlene Holzhausen (trad.). 2ª ed.

É conceito *a priori*³¹, alheio a qualquer realidade jurídica determinada, embora seja produto da experiência jurídica³², o que não é paradoxal³³: não se consegue conceber produção do intelecto humano que não tenha por base alguma experiência. A partir da observação do fenômeno jurídico, criam-se esses conceitos, que funcionam como instrumentos indispensáveis à investigação empírica.

Não expressam realidades contingenciais criadas pelo homem em dado momento histórico³⁴. São conceitos formais, lógicos³⁵, que “nada adiantam sobre o conteúdo concreto das normas jurídicas”³⁶. Porque formais, são invariáveis; variável será o conteúdo normativo a ser extraído dos enunciados normativos do Direito positivo³⁷.

São fundamentais para a ciência jurídica (e, por isso, são chamados de *conceitos jurídicos fundamentais*), pois correspondem à estrutura essencial

São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 54; MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1969, p. 120; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, cit., p. 66.

31. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, cit., p. 54. “O conceito fundamental, para cada ciência, é, portanto, a condição da experiência. E, na qualidade de condição, tem de ser *a priori*”. (VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 17)
32. Por isso, Bobbio os considera como *a priori impróprios* ou *impuros* (BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 42.) POPPER chega a afirmar que “não existe a chamada indução. (...) inferências que levam a teorias, partindo-se de enunciados singulares ‘verificados pela experiência’ (não importa o que isso possa significar) são logicamente inadmissíveis”. (POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 41.) Já Larenz reputa a indução a partir de um material experimental empírico o único meio lícito de construção conceitual (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., cit., p. 26, nota 6).
33. VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 17-18. No mesmo sentido, cuidando especificamente da Teoria Geral do Processo, ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 20-22. Em sentido contrário, entendendo que, por serem produto da experiência, tais conceitos não são *a priori* nem são universais, (BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 46-48.)
34. SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del derecho*. 19ª ed., cit., p. 12.
35. VECCHIO, Giorgio del. *Filosofia del derecho*. 5ª ed., cit., p. 25. Sobre a natureza formal desses conceitos, MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*, cit., p. 145-151.
36. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed., cit., p. 95. Assim, também, VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, cit., p. 66.
37. MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*, cit., p. 148.

de toda norma jurídica³⁸. Onde houver norma jurídica (onde houver Direito, pois), serão úteis. Não se concebe a existência de Direito sem “hipótese normativa”, “norma jurídica”, “dever jurídico”³⁹, “preceito normativo”, “sujeito de direito”, “fato jurídico” etc.⁴⁰

Nada obstante grande, o número de conceitos fundamentais não é ilimitado⁴¹.

São exemplos de conceitos *jurídicos fundamentais*: fato jurídico, relação jurídica, invalidade, efeito jurídico, ato jurídico, ato-fato jurídico, fonte do Direito, norma jurídica, regra jurídica, princípio, sujeito de direito, capacidade, personalidade, objeto de direito, causa etc.

Há conceitos *jurídicos fundamentais* estreitamente relacionados ao processo: competência⁴², decisão, cognição, admissibilidade, norma processual, processo, demanda, legitimidade, pretensão processual, capacidade de ser

38. SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del derecho*. 19ª ed., cit., p. 12; BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed., cit., p. 94.

39. “O conceito de dever jurídico não é um conceito geral extraído de um determinado conteúdo jurídico, mas um conceito fundamental de direito, um dos pressupostos de toda e qualquer Ciência do Direito possível”. Tradução de Peter Naumann do original alemão: “Der Begriff der Rechtspflicht ist also kein, erst einem gegebenen Rechtsinhalte entnommener, Allgemeinbegriff, sondern es ist ein juristischer Grundbegriff, eine der Voraussetzungen jeder möglichen Rechtswissenschaft”. (SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 10).

40. RICCARDO GUASTINI reputa esse modo de pensar “discutível”, “não mais muito merecedor de crédito”, pois acontece, com frequência, de ele levar a generalizações indevidas de características históricas peculiares a apenas alguns sistemas jurídicos (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 378.). Com a mesma preocupação, DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*, cit., p. 25-26. Não se deve, porém, desprezar o pensamento *lógico-jurídico*. É necessário, de fato, proceder corretamente à distinção do que é geral, e pode ser teorizado, do que é contingente, e que, portanto, não pode ser generalizado. Trata-se de método de observância indispensável na investigação científica do Direito.

41. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, 2ª ed., cit., p. 146. Entretanto, “a ideia de uma ‘tábua de categorias’, quer dizer, de uma tabela simétrica de todos os conceitos jurídicos *a priori*, não é, portanto, realizável”. (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, cit., p. 55.)

42. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “A competência na teoria geral do direito”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.) Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 462.

parte, capacidade processual, capacidade postulatória, prova, presunção, tutela jurisdicional⁴³ etc.

2.3.2. Conceito jurídico fundamental como produto cultural. Universalidade e historicidade

Exatamente porque produzido pelo conhecimento humano, o *conceito jurídico fundamental* é também um produto cultural. O conceito é formulado a partir da observação do fenômeno jurídico, que também é manifestação cultural. Nada obstante tenha a pretensão de servir à compreensão de qualquer ordenamento jurídico (pretensão universalizante ou de invariabilidade), nasce da observação do Direito como fato. Como todo conceito, procede da experiência, portanto.

Aqui surge um aparente paradoxo: se se trata de manifestação cultural, e cada cultura tem as suas peculiaridades, como pode esse tipo de conceito servir a qualquer cultura?

Para desenvolver um repertório teórico que permita visualizar as diferenças entre os diversos sistemas jurídicos (diversas manifestações culturais), cumpre ao filósofo do Direito a tarefa de identificar e selecionar aquilo que é comum a qualquer Direito positivo. O conceito *jurídico fundamental* funciona como a luz negra que revela as manchas do tecido branco (aparentemente) imaculado.

Um exemplo. O conceito de *sujeito de direito* é *jurídico fundamental*: todo ente que puder ser titular de uma situação jurídica. A identificação de quem seja sujeito de direito dependerá do exame de cada ordenamento jurídico. A partir do conceito de *sujeito de direito*, que é universal, será possível perceber que, em um dado ordenamento, a mulher é sujeito de direito e, em outro, objeto de direito.

Outro exemplo, agora em tema de direito processual. *Capacidade processual* é um conceito *jurídico fundamental*: aptidão de um ente para praticar

43. Boas contribuições para à elaboração do conceito jurídico fundamental processual de “tutela jurisdicional” podem ser encontradas em OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 107-110; YARSELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 27-37.

ato jurídico processual sozinho. Para que se possa saber quem tem capacidade processual, será preciso examinar o Direito positivo. Valendo-se do conceito de *capacidade processual*, será possível notar que, em um dado ordenamento, uma mulher sozinha pode praticar atos processuais, ao passo que, em outro, apenas poderá fazê-lo se estiver assistida pelo seu marido; que, em um país, qualquer pessoa com mais de dezoito anos de vida pode depor como testemunha, enquanto, em outro, *judeus, homossexuais, negros, mulheres* etc. não têm capacidade para o testemunho.

A elaboração desse tipo de conceito determina-se pelas contingências do seu tempo: repertório teórico existente, ideologias predominantes, concepções filosóficas prevaletentes, peculiaridades dos objetos investigados, limitações materiais para pesquisa e desenvolvimento do método etc. Tais conceitos são convencionalmente⁴⁴ construídos e, exatamente por isso, também por convenção podem ser revistos.

O conceito *jurídico fundamental* pode, exatamente por isso, tornar-se obsoleto.

O progresso do pensamento filosófico⁴⁵ revela-se precisamente quando se superam conceitos fundamentais consolidados. Um novo conceito pode suceder o anterior, mas dele herdar a qualidade de ser um dado *a priori* e universal de que se serve o operador jurídico para compreender o fenômeno normativo. Lourival Vilanova é preciso no particular: “A tese da aprioridade de um conceito fundamental não redundaria em colocar o conceito a salvo de todo enriquecimento ou retificação – como o prova a história de qualquer ciência – vinda da experiência”⁴⁶. Pode-se afirmar, assim, que esses conceitos, embora *a priori*, são provisórios, porque precisam ser testados empiricamente. A experiência pode eliminá-los, se inadequados, ou suprir-lhes os defeitos. Não há qualquer problema em qualificá-los como *a priori*. Rigorosamente, aliás, todo conhecimento humano é provisório.

44. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 47-48.

45. MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 29.

46. VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 18. Do mesmo autor, em idêntico sentido, VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 85, nota 6.

Mas, ainda que provisório, “funciona como um conceito *a priori*. Vale por um ponto de vista fundamental, de cujo ângulo especial a realidade é considerada”⁴⁷.

O conceito *jurídico fundamental*, enfim, precisa passar pelo teste de realidade. Como afirma Souto Maior Borges, “a categoria formal somente será teoricamente legítima e idônea na medida em que os testes de sua transposição para uma ordem jurídica peculiar lhe revelem aptidão para solucionar problemas de interpretação do Direito positivo”⁴⁸. A consistência de uma teoria “depende da correspondência entre a construção formal e a base objetiva sobre a qual tem assento essa construção”⁴⁹. Um enunciado universal sempre pode ser falseado por um enunciado singular⁵⁰. Um enunciado científico caracteriza-se, sobretudo, pela circunstância de ser suscetível de revisão, poder ser criticado e substituído por outro enunciado, que se revele mais adequado⁵¹. Se o conceito perde o seu alcance (“portata”) teórico e a sua capacidade explicativa⁵², ele deve ser revisto.

Convém dar exemplos de conceitos *jurídicos fundamentais* processuais que foram substituídos pela sua inadequação.

Preclusão é, em lição clássica, a perda pela parte de uma sua faculdade processual⁵³. Sucede que já não se restringe a preclusão aos poderes jurídicos das partes: fala-se, com desenvoltura, em preclusão para o órgão jurisdicional⁵⁴. Do mesmo modo, rigorosamente, a preclusão atinge outras

47. VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 18.

48. BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 35.

49. VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 83. No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 45.

50. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 43.

51. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 51.

52. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 49.

53. CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione”. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, v. 3, p. 231 e segs. A necessidade de superar o conceito chiovendiano, exatamente por não abranger a preclusão para o juiz, já foi apontada pela doutrina há muitos anos: BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, n. 158, p. 61.

54. Assim, apenas para exemplificar, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão”. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p.

situações jurídicas além das faculdades: direitos, capacidades, competências etc. Impõe-se, assim, redefinir *preclusão* como a perda de uma situação jurídica processual ativa, pouco importando qual seja o seu titular.

O conceito de *execução forçada* é *jurídico fundamental*. Há quem entenda que só há execução não-voluntária se houver atuação sub-rogatória do Estado. Assim, toda execução seria execução direta. Como as medidas de coerção indireta visam a que o próprio devedor cumpra a prestação (cumprimento forçado, não voluntário), não poderiam ser confundidas com a execução: seriam meios coercitivos, não executivos⁵⁵. Esse conceito parece estar superado. Quando o Estado usa seu poder para forçar o cumprimento da prestação devida pelo próprio devedor, valendo-se de meios de pressão psicológica, há execução, que inclusive não pode ser abusiva (art. 805 do CPC brasileiro)⁵⁶. Há execução forçada sempre que se impõe a realização da prestação devida, por meios executivos sub-rogatórios ou por coerção psicológica⁵⁷.

156-157; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, passim; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, v. 1, p. 292; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

55. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 288-289; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 5-6; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 229; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. "Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da "execução" indireta". DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
56. Sobre a polêmica, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 30-34; DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, v. 5, p. 34-39; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. "Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da "execução" indireta". DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
57. ANTONIO DO PASSO CABRAL, em importante ensaio, defende a revisão do conceito tradicional de interesse de agir, de modo a mais bem explicar alguns fenômenos processuais recentes, tais como a migração entre os polos do processo (permitida nos procedimentos da ação popular (art. 6º, § 3º, Lei n. 4.717/1965) e da ação de improbidade administrativa (art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/1992), convenções processuais, requerimentos formulados conjuntamente pelas partes, interesses contrapostos em um mesmo polo do processo (p.

Mais recentemente, percebemos a necessidade de *revisão* do conceito de *processo coletivo*. Entendíamos, na linha de Antonio Gidi, que o processo coletivo se caracterizava pelo objeto, pelo regime da coisa julgada e pela legitimidade⁵⁸. Percebemos que esse conceito nos estava impedindo de enxergar as mudanças que o Direito positivo vinha fazendo na tutela coletiva, sobretudo com o desenvolvimento do julgamento de casos repetitivos. O conceito merecia revisão; propusemos a sua reformulação⁵⁹: “*processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas*”. A revisão desse conceito permitiu uma compreensão mais adequada da tutela coletiva, em todas as suas especificidades, seja porque há tutela coletiva no julgamento de casos repetitivos, cuja decisão não produz coisa julgada, seja porque há casos de tutela coletiva por legitimação ordinária, como na ação proposta pela comunidade indígena⁶⁰.

ex., no litisconsórcio alternativo) etc. Propõe o desenvolvimento do conceito *lógico-jurídico* processual de *zona de interesse* (CABRAL, Antonio do Passo. “Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’: sobre a migração entre polos da demanda”. Disponível em http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/25/24, acesso em 04.07.2011, 15h00). Trata-se de proposta de revisão de um conceito *lógico-jurídico* processual. O tema não deve ser enfrentado neste momento; exige, aliás, monografia própria a ele dedicada. A referência foi feita apenas para ratificar a possibilidade constante de revisão de conceitos jurídicos fundamentais processuais. A redação do art. 17 do CPC brasileiro parece ter encampado essa concepção (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, v. 1, p. 342).

58. “Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*). Ai está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada”. (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.16.) Registre-se que seguimos substancialmente, com pequena diferença, o conceito de Gidi até a 8ª ed. do v. 4 do nosso *Curso de Direito Processual Civil*: (DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, v. 4).
59. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr. Hermes. “Conceito de processo jurisdicional coletivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 229, p. 273-280.
60. O impacto dessa revisão conceitual pode ser visto em DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo

Outro exemplo de revisão recente de um conceito jurídico fundamental aconteceu com o conceito de *presunção legal*. Aqui, o problema não foi bem a incorreção do conceito, mas, sim, a sua insuficiência. A partir do momento que se consagra ampla possibilidade de negociação sobre aspectos do processo (art. 190, CPC), percebeu-se a insuficiência da divisão das presunções em *legais* e *judiciais*. É possível haver presunções decorrentes de negócio jurídico; presunções convencionais, portanto. Há presunção que decorre de outra fonte normativa, distinta da fonte legislativa. Assim, o mais adequado é dividir as presunções em *normativas*, aquelas que decorrem de uma norma jurídica (legal ou convencional), e *judiciais*, aquelas elaboradas pelo órgão julgador.

Percebam como a mudança do Direito positivo pode revelar a inadequação de uma categoria jurídica fundamental – é permanente o diálogo entre os conceitos jurídicos fundamentais e o Direito positivo, que funciona como o campo de teste da validade/utilidade desses conceitos. Esses dois exemplos acima evidenciam isso claramente.

Demonstradas a noção e a historicidade dos conceitos *jurídicos fundamentais*, é possível ir adiante.

2.3.3. Funções dos conceitos jurídicos fundamentais

Os conceitos jurídicos fundamentais têm uma dupla função: servem de base à elaboração dos conceitos *jurídico-positivos* e auxiliam o operador do Direito na tarefa de compreender, interpretar e aplicar o ordenamento jurídico. Têm, sobretudo, função heurística⁶¹: permitem e facilitam o conhecimento do Direito.

Embora formais, os conceitos *jurídicos fundamentais* revelam a sua utilidade no exame do Direito positivo. Há, entre o geral (conceito jurídico fundamental) e o individual (*jurídico-positivo*), uma interessante relação: “o formal é fertilizado pela corroboração do direito positivo, no sentido de que

coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2016, n. 256.

61. ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”. *Fundamentos do Direito Tributário*. Humberto Ávila (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 240.